Der Begriff des Besitzdieners.

(§ 855 B. G. B.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristen-Fakultät der Universität Rostock vorgelegt

von

HANS BARFURTH

Referendar in **Rostock.**

AKAD. LESE BAT. BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1905.

Disposition.

I. Einleitung: Die Terminologie.

II. Der Begriff der Besitzdienstschaft:

§ 1.
Tatsächliche Gewalt.

§ 2.
Das Abhängigkeitsverhältnis.

§ 3.
Die Abgrenzung des Besitzdienerverhältnisses.

§ 4.
Einige streitige Fälle.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0104

Literaturverzeichnis.

Außer den bei Hess, „der Besitzdiener des § 855 B. G. B." Diss. Jena 1904, S. 5 ff. aufgeführten Werken sind folgende benutzt:

1. Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes, Rost. Diss. 1905.
2. Brunswig, Der Begriff des Besitzes, Rost. Diss. 1904.
3. Bunsen, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 70 ff.
4. Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. I, 1903.
5. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl. 1905.
6. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., 1904.
7. Fleck, Der Bote, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15, S. 364 ff.
8. Frommer, Über Besitz- und Eigentumserwerb im Falle der Versendung nach geltendem Rechte, Rost. Diss. 1904.
9. Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II. 1905.
10. Haase, Besitz- und Eigentumserwerb im Falle der Versendung, Rost. Diss. 1905.

11. Haidlen, Kommentar zum B. G. B. 1897.
12. Hedemann, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 361, 376.
13. Hess, Der Besitzdiener des § 855 B. G. B., Diss. Jena. 1904.
14. Hohenstein, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 71.
15. Josef, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15, S. 265 ff., 277 ff.
16. Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes 1902.
17. Laube, Erwerb und Verlust des Besitzes nicht vollkommen Geschäftsfähiger und juristischer Personen nach römischem und heutigem Recht, Rost. Diss. 1903.
18. Linkelmann, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 88.
19. Manigk, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 320, Note 12.
20. von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des B. G. B. 1903.
21. Matthiass, Vererbung des Besitzes, in der Festschrift der Rostocker Juristenfakultät für v. Amsberg 1904.
22. Neumann, Handausgabe des B. G. B., 4. Aufl. 1905.
23. Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, Bd. I 1904.
24. Planck, Kommentar zum B. G. B.
25. Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio in den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien, Bd. II, Heft 5 1904.
26. Reininghaus, Der Mangel des rechtlichen Grundes bei den Bereicherungsansprüchen, Rost. Diss. 1904.
26a. Rotering, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 37, S. 55 ff.
27. v. Schuckmann, Verbotene Eigenmacht und Selbsthülfe beim Besitz nach dem B. G. B., Rost. Diss. 1904.
28. v. Schulzenstein, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 260 f.

29. Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Sachenrecht von Kober (cit. „Kober").
30. Stemann, Voraussetzungen des Besitzerwerbes im Subjekte des Besitzes, Rost. Diss. 1903.
31. Strauss, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Rost. Diss. 1904.
32. Thiesing, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 20, S. 240.
33. Titze Jherings Jahrbücher, Bd. 47, S. 379 ff.
34. Vogt, Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache, Rost. Diss. 1903.

I. Einleitung.

Die Terminologie.

Den Ausdruck „Besitzdiener“ als terminus technicus für den Personenkreis der Nichtbesitzer des § 855 B. G. B. hat zuerst Bekker[1]) vorgeschlagen. Diese Bezeichnung ist nicht unangefochten geblieben. Mit dem Vorzuge der Priorität ausgerüstet, ist sie von der Mehrzahl der Autoren — ich nenne nur Bartels, Biermann, Fleck, Hess, Isay, Kober, Leonhard, Matthiass und Planck — angenommen worden.

Kohler[2]) wendet sich mit Entrüstung („warum nicht gar Besitzhausknecht“) gegen den Bekkerschen Ausdruck und spricht wie Dernburg[3]) von „Besitzgehülfen“. Strohal[4]) nennt den Besitzdiener „unselbständigen Inhaber“, Endemann[5]) hält „Besitzhalter“ für besser und bei Enneccerus-Lehmann findet sich „unselbständiger Besitzvertreter“.

---

[1]) „Besitz beweglicher Sachen“, S. 42.

[2]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 81.

[3]) B. G. B. Lehrbuch, § 14, Bd. III.

[4]) Sachbesitz S. 1.

[5]) Lehrbuch des B. G. B., Bd. II, 130.

Die Stellungnahme zu dieser Verschiedenheit der Bezeichnungen bedeutet doch wohl mehr, als einen Streit um Worte. In der abweichenden Terminologie zeigt sich zugleich die Verschiedenheit der Auffassungen über die Tragweite des § 855. Ehe diese sich nicht ausgeglichen hat, wird man zu einer einheitlichen Terminologie, die auch vom B. G. B. durchgehends angestrebt wird, nicht gelangen können.

Die terminologische Frage ist gewiß eine nur sekundäre. Im Vordergrunde des Interesses steht die Klärung der sachlichen Feststellung des Gesetzesinhaltes. Wenn es aber unbestritten für den Gesetzgeber eine Aufgabe von größter Bedeutung ist, den Ausdruck fest zu prägen und inhaltlich festzuhalten, so gilt das nicht minder für die theoretische Erörterung des Gesetzes. Nur mit dieser Einschränkung halten wir es für richtig, wenn Planck[1]) eine technische Bezeichnung für das Verhältnis der im § 855 bezeichneten Sachinhaber für entbehrlich hält.

In den folgenden Ausführungen wird sich nun der Ausdruck „Besitzdiener“ als der sachlich noch am meisten zutreffende erweisen, es ist aber zugleich Sprenger[2]) beizupflichten, wenn er „die häufige Bildung „„Besitzdienerschaft““ als sprachlich unrichtig bezeichnet (Dienerschaft bedeutet eine Mehrheit von dienenden Personen) und dafür „Besitzdienstschaft“ trotz des vielleicht zweifelhaften Wohllautes vorschlägt.

---

[1]) Bem. zu 855.

[2]) Besitzdiener S. 12, Anm. 5.

Von vornherein können wir die Bezeichnungen „unselbständige Inhabung“ und „Gewahrsam“ ablehnen, denn Planck[1]) sagt mit Recht: „Der von Strohal, Sachbesitz S. 5 aufgestellte Begriff der unselbständigen Inhabung reicht weiter und ist gegenüber der Terminologie des E. 1. nicht unbedenklich. Ebensowenig empfiehlt sich der von Dernburg, Bd. III § 14 gebrauchte Ausdruck „Gewahrsam“.“

Die folgende Darstellung wird aber erst nachzuweisen haben, ob und wie weit der Bekkersche Ausdruck das fragliche Verhältnis deckt und den Vorzug verdient.

II. Der Begriff der Besitzdienstschaft.

§ 1. Die tatsächliche Gewalt.

Der § 855 B. G. B. lautet: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer.“ Die „tatsächliche Gewalt“ ist der erste Begriff, der uns zu näherer Untersuchung zwingt. Im § 855 selbst suchen wir vergebens nach einer Definition dieses Begriffes.

Das Gesetzbuch gebraucht aber den gleichen Ausdruck in den für den Erwerb und Verlust des

[1]) Bem. zu 855.

Besitzes normierenden §§ 854 und 856, die zweifellos auch für die Feststellung des Besitzbegriffes des B. G. B. von entscheidender Bedeutung sind. Die tatsächliche Gewalt spielt also eine Rolle bei der Besitzdienstschaft wie beim Besitz selbst.

Danach sind es zwei Fragen, die zu beantworten sind: welche Bedeutung hat die tatsächliche Gewalt beim Besitz selbst? und: hat die tatsächliche Gewalt im Besitzdienerverhältnis die gleiche Bedeutung wie beim Besitz?

I. Der römisch-rechtliche Besitzbegriff setzte gemäß der Savignyschen Theorie corpus und animus in der Person des Besitzers voraus. Der animus possidendi ist der Wille, die Sache wie eine eigene zu haben. Durch dieses Erfordernis scheiden vom Besitze die Fälle der Detention aus: hier ermangelt der Besitzwille. Das B. G. B. verlangt einen bestimmt qualifizierten Besitzwillen als selbständiges Erfordernis des Besitzes nach der weitaus überwiegenden Ansicht nicht.[1]) Demnach liegt Besitz überall da vor, wo das äußere Gewaltverhältnis der Person zur Sache gegeben ist. Ebensowenig wie das römische Recht hat aber das B. G. B. die rechtliche Natur des Besitzes festgelegt. Der Streit, der im gemeinen Rechte darüber bestand, ob der Besitz ein subjektives Recht ist oder nicht, setzt sich daher unter dem B. G. B. fort. Die verschiedenen Auffassungen erschöpfen die Möglich-

[1]) Dafür jetzt wieder Rotering, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 27, bes. S. 90 ff., 95 ff.

keiten: der Besitz ist dem Einen ein rein tatsächliches Verhältnis, an welches sich bestimmte Rechtsfolgen anknüpfen, so daß zwischen Besitz als Tatsache (factum) und Besitz als Rechtsverhältnis scharf zu unterscheiden ist.[1]) Andere bezeichnen ihn als Rechtsverhältnis, das an einen bestimmten Tatbestand angeknüpft ist, oder sprechen von „Rechtsgut", oder „Rechtsposition", weil der Besitz „Gegenstand eines Bereicherungsanspruches (§ 812) sein und vererbt (§ 857) werden kann, auch gegen unerlaubte Handlungen durch § 823 Abs. 1 sowie gegen verbotene Eigenmacht durch die §§ 861 f. geschützt ist."[2])

Neuerdings mehren sich jedoch die Anhänger der Theorie, die den Besitz als subjektives Recht ansehen.[3])

Eine Erörterung dieser Frage ist aber an dieser Stelle überflüssig, weil nach allen Auffassungen der Besitz, wenn auch in verschiedenem Sinne, an eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, an ein tatsächliches Gewaltverhältnis geknüpft erscheint. In welchem Sinne dieses Gewaltverhältnis zu verstehen ist, ist weder für das römische Recht noch für das B. G. B. aus einer abgeschlossenen Definition des Besitzes zu entnehmen. Das B. G. B. stellt eine Definition des Besitzes überhaupt nicht auf, wie es allgemeine lehrbuchmäßige Definitionen vermeidet, was den Verfassern mit Recht als ein Akt weiser Beschränkung zum Lobe angerechnet wird.

[1]) z. B. Savigny, Recht des Besitzes, 7. A., S. 44, 59.
[2]) Neumann, Handausgabe Bd. I, S. 542.
[3]) Vgl. Matthiass, die Vererbung des Besitzes S. 9 ff.

Das Gesetzbuch beschränkt sich darauf, daß es über Erwerbs- und Verlustgründe, sowie über einzelne Arten des Besitzes Vorschriften gibt. So bestimmt § 854 Abs. 1, daß der Besitz durch „Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache“ erworben wird. Nach § 856 wird der Besitz dadurch beendet, „daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in sonstiger Weise verliert“.

Zum Besitzerwerbe genügt gemäß § 854 Abs. 2 „die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben“.

§ 868 erweitert sodann den Besitzbegriff durch Einführung des mittelbaren Besitzes. Auf die Stellung unseres § 855 in der Besitzlehre wird weiter unten näher eingegangen werden.

Die §§ 854 und 856 haben aber eine viel weitergehende Deutung erfahren. Von einigen Schriftstellern, wie von Planck[1]) und nach ihm neuerdings von Berg[2]) ist die Behauptung aufgestellt worden, die Ausdrücke „Besitz“ und „tatsächliche Gewalt“ deckten sich im Sinne des B. G. B. In den „Aphorismen zur Besitzlehre“ hat Bekker diese Ansicht lebhaft und meiner Ansicht nach mit Recht bekämpft. Die herrschende Lehr ist Bekker gefolgt[3]).

In der Tat gelangte man für die §§ 854 und 856 zu völlig trivialen Sätzen, und das gleiche unbefrie-

[1]) Bem. zu § 854 Z. 2.

[2]) Erwerb und Verlust des Besitzes, S. 7.

[3]) Vgl. auch Hess, Besitzdiener, S. 11 f.

digende Resultat würde sich für den § 855 ergeben. Identifiziert man, wie Endemann[1]) und Oppenheim[2]) es tun, tatsächliche Gewalt und Besitz, so würde § 855 sagen: „Übt jemand den Besitz . . . . aus, so ist er nicht Besitzer“ und diesen Widersinn kann man mit den genannten Autoren nicht dadurch beseitigen wollen, daß man den Ausdruck „tatsächliche Gewalt“ im § 855 als unjuristisch verwendet ansieht. Das ist natürlich nicht angängig, denn man muß bei der Sorgfalt, mit der das B. G. B. redigiert ist, annehmen, daß jedes Wort bewußt und in seiner vollsten Bedeutung dasteht, und das gilt in erhöhtem Maße von einem so wichtigen Begriffe wie der tatsächlichen Gewalt.[3]) Die bekämpfte Ansicht erklärt sich daraus, daß ihre Vertreter den Besitz selbst mit seinem Tatbestande identifizieren und diesen theoretischen Irrtum in das Gesetz verpflanzten. Halten wir uns von diesem Irrtum frei, so ergeben die §§ 854 und 856 allerdings sehr wesentliche Folgerungen für das Wesen des Besitzes. Wenn § 854 sagt: „Der Besitz einer Sache wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß nach der Erlangung der tatsächlichen Gewalt eben eine Gewalt der Person über die Sache begründet ist.

Die Erlangung der Gewalt begründet den Besitz, die bestehende Gewalt erhält den Besitz. Sagt ferner

[1]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 132.

[2]) Der Besitzdiener, S. 16.

[3]) Vgl. Sprenger, Besitzdiener, S. 19, Hess, a. a. O. S. 12, Note 1.

der § 856: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert, so ist zu schließen, daß vor dem Verlust der tatsächlichen Gewalt eine solche der Person über die Sache vorhanden war, die die notwendige Voraussetzung für die Erhaltung des Besitzes darstellte."

Wir gewinnen so den für das Verhältnis von Besitz und tatsächlicher Gewalt wichtigen Satz, daß die Begründung, der Bestand und der Verlust des Besitzes von der tatsächlichen Gewalt über die Sache in der Person des Besitzers abhängen.[1])

Wenn man dies Verhältnis auch dahin formuliert hat, daß tatsächliche Gewalt und Besitz im Verhältnisse von Ursache und Wirkung zu einander stehen,[2]) so ist dagegen zu erinnern, daß die tatsächliche Gewalt für sich nichts bewirkt, als rein Tatsächliches, die Wirkung des Besitzes liegt aber auf dem Gebiete des Rechtes und sie kommt der tatsächlichen Gewalt nur zu kraft der positiven Rechtsordnung. Weiter zeigt sich, daß das Verhältnis von tatsächlicher Gewalt und Besitz im B. G. B. kein anderes ist, als im römischen Recht. Der Unterschied liegt nur darin, daß im römischen Recht der Besitztatbestand außer der tatsächlichen Gewalt (corpus) auch noch den Besitzwillen (animus) verlangt.

Die Vorschriften des B. G. B. ergeben also zwar direkt nichts für das Wesen des Besitzes selbst, sie

[1]) Vgl. auch Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I, S. 210.
[2]) z. B. Hess, a. a. O. S. 12.

sagen uns aber, daß der Besitz als Tatbestand die tatsächliche Gewalt verlangt, sie sagen uns aber wieder nicht, was tatsächliche Gewalt bedeutet. In letzterer Beziehung ist sich die Kommission für die zweite Lesung wohl bewußt gewesen, daß der Ausdruck „tatsächliche Gewalt" falsch verstanden werden könne, sie hat aber mit Recht die Erwartung ausgesprochen, er „werde bei verständiger Gesetzesanwendung nicht zu bedenklichen Entscheidungen Anlaß geben" [1]). Diese Erwartung wird sich aber nur dann verwirklichen, wenn das Wesen der tatsächlichen Gewalt richtig erkannt wird. So hat man für das römische Recht aus den Einzelentscheidungen der Quellen die prinzipielle Natur des corpus zu gewinnen versucht. Diese theoretischen Erörterungen sind mit Recht auch für das heutige Recht verwertet worden. Allerdings ist hier eine wesentliche Einschränkung zu machen: nur die prinzipiellen Grundgedanken der römischen Lehre haben dauernde Bedeutung, nicht die Einzel-Entscheidungen der römischen Juristen. Das wird sich aus den weiteren Ausführungen ergeben. Ehe der Besitz als rechtliche Erscheinung in Betracht kommt, d. h. ehe das Recht Rechtsfolgen mit ihm verbindet, wie z. B. den Eigentumserwerb durch Aneignung oder den Rechtsschutz, existiert er als natürliches Verhältnis, welches wir natürlichen Besitz nennen können. Der Besitz als rechtliche Erscheinung behält aber zunächst auch diesen natürlichen Besitz als Grundlage, als Tat-

[1]) Protokolle, Bd. III, S. 31.

bestand bei. Das Gesetz verweist dann auf die Erscheinung des natürlichen Besitzes, erklärt diese für maßgebend. Damit wird der natürliche Besitz zum rechtlich determinierten Tatbestand in demselben Sinne, wie etwa das Recht zur Fixierung der Voraussetzungen der von ihm in Aussicht gestellten Rechtsfolgen auf die Auffassung des Verkehres verweist. Damit ist aber schon zugestanden, daß das Recht auch die Anlehnung an den natürlichen Besitz mehr oder weniger verlassen kann, daß es also einen Besitztatbestand da annehmen kann, wo natürlicher Besitz nicht vorliegt und umgekehrt. Der Besitz im natürlichen Sinne ist nun zunächst eine der sinnlichen Wahrnehmung zugängliche Beziehung der Person zur Sache, er ist ein durch die Sinne wahrnehmbares Verhältnis. In diesem Sinne können wir von etwas „Physischem" reden. Wenn wir aber von physischer Gewalt reden, so ist zu bedenken: diese Gewalt oder Herrschaft selbst ist niemals etwas Physisches, eine Erscheinung der Natur, sondern mit dem Ausdruck „Gewalt" geben wir auf Grund unserer ethischen Vorstellungen ein Urteil darüber ab, daß die Sache im Dienste einer Person steht, ihrem Willen untertan ist. Bei dieser ethischen Beurteilung wird nur zunächst angeknüpft an ein physisches Verhältnis der Person zur Sache. So hat auch das römische Recht bei der Feststellung des corpus ursprünglich an solche Fälle sinnfälliger, physischer Gewalt – Ergreifen der Sache, Betreten des Grundstücks – angeknüpft, sich aber von einer so engen Begrenzung des corpus-Begriffes mehr und mehr

frei gemacht. Es folgte hier lediglich der Entwicklung der Wirtschaft und des Verkehrs, mit der sich auch die ethischen Vorstellungen und das Urteil darüber, ob eine Sache als von einer bestimmten Person beherrscht anzusehen ist, wandeln mußte. Demgemäß erwies sich die Savignysche Definition des corpus possessionis, als der physischen Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken, als zu eng. Das Element des corpus lag vielmehr überall da vor, wo nach der Auffassung des Verkehrs und den ethischen Anschauungen die Gewalt über die Sache einer Person zugeschrieben wird. Das Urteil darüber, ob eine Sache in der Gewalt einer Person steht, hängt nicht immer allein von sinnlich wahrnehmbaren Beziehungen der Person zur Sache ab, sondern auch von anderen Beziehungen. Das corpus possessionis war keineswegs mit physischer Gewalt zu identifizieren. Das hat man auch damit zum Ausdruck gebracht, daß man den Begriff des corpus einen sozialen genannt hat.[1]) Die gemeinrechtlichen Erörterungen über den corpus-Begriff führen hinüber zum Begriff der „tatsächlichen Gewalt" des B. G. B. Daß man das corpus mit dem Ausdrucke „tatsächliche Gewalt" hat wiedergeben wollen, kann nicht zweifelhaft sein; es zeigt das die Entstehungsgeschichte der Besitzvorschriften im B. G. B. In den Protokollen[2]) wird allerdings ausgesprochen: „Die Unterscheidung zwischen einer physikalischen tatsäch-

[1]) Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre, S. 68 ff. Hess, a. a. O. S. 14.

[2]) Bd. III, S. 32.

lichen Gewalt und einer anderen tatsächlichen Gewalt sei nicht verständlich, vielmehr sei dieselbe immer physischer Natur".

Damit ist die Natur der Gewalt als eines ethischen Begriffes von vornherein verkannt. Wenn ferner das Vorhandensein der tatsächlichen nur angenommen werden soll, wenn eine physische Bewältigung der Sache gegeben ist, so würde die tatsächliche Gewalt so enge gefaßt werden, wie etwa in den frühesten Stadien der römischen Rechtsentwicklung. Wir werden vielmehr den Faden der römischen und gemeinrechtlichen Entwicklung an seinem Ende aufnehmen und auch für das B. G. B. der Auffassung von Goldschmidt folgen müssen, nach welcher ein „Machtverhältnis", welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint" für den Besitztatbestand des B. G. B. entscheidend ist.

Ist so die römische begriffliche Abgrenzung des corpus und die heutige der tatsächlichen Gewalt die gleiche, so ergibt sich, worauf wir vorher schon hindeuteten, daß die römischen Entscheidungen aus diesem Prinzip heraus für uns nicht schlechthin bindend sein können. Das Gemeinbewußtsein entscheidet, dieses bildet sich auf Grund der wirtschaftlichen Verhältnisse und der allgemeinen ethischen Anschauungen und hat sich daher bei uns gegenüber dem römischen Leben wesentlich gewandelt. Wo wir tatsächliche Gewalt annehmen, kann daher nach römischer Auffassung eine solche nicht vorliegen und auch umgekehrt. Insofern ist es zutreffend, wenn

Goldschmidt[1]) sagt, daß „der Gewaltbegriff keine juristische Analyse, sondern nur eine kasuistische Exemplifikation dulde". Die juristische Analyse kann eben nur auf das Gemeinbewußtsein, auf die wirtschaftlichen und ethischen Durchschnittsanschauungen verweisen und diese im konkreten Falle heranziehen.[2]) Überall, wo die Definitionen unter Mißachtung dieses Gesichtspunktes eine spezielle Abgrenzung der tatsächlichen Gewalt versuchen, können sie nicht befriedigen. Sagen z. B. die Motive[3]) die tatsächliche Gewalt sei „die zuständliche Möglichkeit über die Sache zu verfügen", so ist damit nur die Gewalt und zwar nur in positiver Richtung umschrieben. Wenn die Protokolle die tatsächliche Gewalt ein „Herrschaftverhältnis der Person zur Sache" nennen, vermöge dessen jemand „imstande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen", so ist damit nur gesagt, was Gewalt in negativem Sinne bedeutet. Beide Definitionen sagen uns aber nichts darüber, wann solche Gewalt anzunehmen ist. Müssen wir uns bei der Feststellung des Wesens der tatsächlichen Gewalt mit einer allgemeinen Analyse, die auf Gemeinvorstellungen verweist, begnügen, so ist damit eine gewisse Schwierigkeit für die Feststellung des Besitztatbestandes im konkreten Falle gegeben, sie ist aber nicht größer, als in anderen Fällen, in denen das positive Recht auf die Verkehrs-

[1]) a. a. O. S. 68 f.

[2]) Diesen Gedanken führt jetzt besonders Rotering, Archiv für bürg. Recht, Bd. 27, S. 55 ff, bes. S. 59 aus.

[3]) Bd. III, S. 81.

auffassung verweist. In unserem Falle werden wir der Fülle der Einzelerscheinungen dadurch gerecht werden können, daß wir größere Gruppen ausscheiden. Für die Gruppierung ergeben sich zunächst zwei allgemeine Gesichtspunkte. Der verschiedenen tatsächlichen Bedeutung der Sachen gemäß ist die tatsächliche Gewalt über bewegliche Sachen an andere Voraussetzungen gebunden, als diejenige über Grundstücke und ganz allgemein werden wir für die erste Begründung der tatsächlichen Gewalt der Verkehrsanschauung gemäß mehr verlangen als für ihre Fortdauer. Eine weitere Gruppierung der Fälle ist ferner möglich nach der Intensität der äußeren Erscheinung der Gewalt, wobei denn auch die vorher berührten Gesichtspunkte wieder hervortreten. In letzterer Hinsicht bemerkt Rotering:[1]) „Die tatsächliche Gewalt „tritt verschiedenfach in die äußere Erscheinung. Sie „ist die Resultierende unmittelbarer Anwendung der „Erregung der motorischen Nerven oder aber des „bloßen Körpergewichts. Sie wird betätigt durch das „fremde Lebewesen, dem Wächter oder dem Hund als „die longa manus, durch leblose Körper als die Ver„sperrung, und schließlich findet eine gegenwärtige „Krafteinwirkung überhaupt nicht mehr statt, vielmehr „nur ein Ersatz derselben durch das Vertrauen auf den „Rechtsfrieden, daß nämlich die Volksgenossen sich an „dem Besitzobjekt nicht vergreifen, schlimmstenfalls den

[1]) a. a. O. S. 71 ff, vgl. auch Eltzbacher, a. a. O S. 210 f.

„Angriff excedierender Genossen ihrerseits mit Gewalt „zurückweisen werden. Damit ist der Besitz eine rein „soziale Lebenserscheinung, ein „soziales Phänomen"."

Wir akzeptieren diese Ausführungen insoweit als sie die Skala derjenigen Tatbestände erkennen lassen, an die sämtlich die Verkehrsauffassung tatsächliche Gewalt anknüpft. Eine weitere Ausfüllung dieser Skala ist für unsere Zwecke nicht erforderlich. Es ergibt sich demnach, daß der Besitz als gesamte Rechtserscheinung nicht identisch ist mit tatsächlicher Gewalt, wohl aber ist das, was das B. G. B. tatsächliche Gewalt nennt, identisch mit dem gesamten Tatbestande des Besitzes.

Nach der Feststellung des Wesens der tatsächlichen Gewalt im B. G. B. mag aber kurz die Frage berührt werden, ob der vom Gesetz gewählte Ausdruck der Sache entspricht. Er ist besonders von Jhering[1]) als sprachlicher Mißgriff getadelt worden. Es ist zutreffend, daß rein sprachlich der Ausdruck zu einer sehr engen Begrenzung des Begriffes führen würde.

Andererseits war dieser Gefahr dadurch vorgebeugt, daß das Gesetz an die gemeinrechtliche Besitzlehre anknüpfte. Jedes Bedenken gegen den Ausdruck wäre m. E. vermieden, wenn das Gesetz auf die Verkehrsauffassung verwiesen hätte.[2])

II. Bedeutet nun der Ausdruck „tatsächliche Gewalt" im § 855 das Gleiche, wie in den §§ 854

[1]) Besitzwillen, S. 478.

[2]) Vgl. Rotering, a. a. O. S. 55 ff.

und 856? Hier kommt es auf das Verhältnis der genannten Paragraphen an, über welches die Ansichten auseinandergehen.

Einige Schriftsteller halten § 855 für eine Ergänzung und Erklärung des § 854, andere für eine Ausnahme von § 854 und noch Andere [1]) endlich wollen sich keiner von beiden Ansichten anschließen.

Zu der ersten Gruppe gehört Planck, der notwendig, da er „Besitz“ und „tatsächliche Gewalt“ identifiziert, im § 855 nur eine Erläuterung und Erklärung des § 854 erblickt. Er kann sich zunächst auf die Protokolle [2]) berufen, muß aber selbst zugeben, daß sie ihn in der Folge, wie auch die Denkschrift im Stiche lassen. Die Protokolle sprechen an derselben Stelle von einer im § 855 liegenden Ausnahme von § 854. [3])

Von den Anhängern dieser Auffassung ist von ihrem Standpunkte aus folgerichtig behauptet worden, der Besitzdiener habe gar keine tatsächliche Gewalt, diese habe vielmehr nur der Besitzherr [4]).

---

[1]) Sprenger, a. a. O. S. 17, Anm. 9.

[2]) Bd. III, S. 31.

[3]) Vgl. Sprenger, a. a. O. S. 17.

[4]) So: Bekker, Besitz beweglicher Sachen, S. 43; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 57, Anm. 76; Endemann, a. a. O. S. 171; Kober, Sachenrecht, Bem. 2, zu § 855; Planck, Bd. III, S. 35; Vgl. dazu Hess, a. a. O. S. 27.

Die Vertreter der anderen Gruppe, die im § 855 eine positive Ausnahme von § 854 erblicken, schreiben dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zu.[1])

Eine vermittelnde Auffassung vertreten Sprenger und Hess.

Nach Sprenger[2]) stellt § 855 „zwar formell eine Ausnahme von einem in § 854 bereits gegebenen Besitzbegriff auf, materiell wird aber der Besitzesbegriff erst durch die Verbindung der genannten Paragraphen gegeben. Ein jeder Paragraph gibt ein selbständiges Begriffserfordernis, § 854 Abs. 1 das der tatsächlichen Gewalt, § 855 das der Selbständigkeit".

Hess[3]) ist der Ansicht, beide Auffassungen würden dem § 855 nicht ganz gerecht, die Schuld daran trage aber die Fassung des § 855, die nicht auf den ersten Blick erkennen lasse, was der Paragraph alles sagen wolle. Er sage erstens: „Der im § 854 ausgesprochene Satz, daß die Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitz gibt, gilt nicht allgemein. Es gibt Fälle, in denen jemand die tatsächliche Gewalt hat, ohne Besitzer zu werden. Die Rechtsordnung knüpft wegen eines be-

[1]) Bartels, Gruchot's Beitr., Bd. 42, S. 645; Biermann, Sachenrecht, Bem. 1 zu 855; Cosack, Bd. II, S. 61; Dernburg, Bd. III, S. 49; Förtsch, Gruchot's Beitr., Bd. 43, S. 548; Goldmann-Lilienthal, S. 229; Meißner, Bd. II, S. 8; Neumann, a. a. O., Bem. 3 zu 855; Turnau-Foerster, Bem. zu 855; Wendt, mittelbarer Besitz, S. 66; Kammergericht, Rechtsprechung d. O. L. G., Bd. II, S. 149.

[2]) Vgl. Sprenger, a. a. O. S. 17.

[3]) a. a. O. S. 27 f.

stehenden hindernden Moments an die tatsächliche Grundlage die Rechtsfolgen nicht an. Dieses hindernde Moment ist ausgedrückt in den Worten im § 855 „. . . für einen Anderen . . . . . Folge zu leisten hat“.“ Diese Worte haben nach Hess eine verneinende Bedeutung und insofern ist der § 855 eine Ausnahme von § 854. Hess fährt dann fort, § 855 enthalte außer der Ausnahme auch einen positiven Inhalt, indem er sage: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen — — —, so ist nur der Andere Besitzer.“ Damit sei positiv gesagt, daß dieser Andere auch tatsächliche Gewalt habe und zwar durch denjenigen, der für ihn die tatsächliche Gewalt ausübt. — Vom Standpunkte des Gesetzes aus können wir nur der Ansicht von Planck beitreten.

Gegen die Ansicht, der Besitzdiener habe gar keine tatsächliche Gewalt, macht Hess geltend:

1. den Wortlaut des § 855, wozu noch Kipps Worte: Wer die tatsächliche Gewalt ausübe, der habe sie auch, hinzuzufügen seien.

2. Wenn der Besitzdiener überhaupt keine tatsächliche Gewalt haben sollte, wozu bedurfte es dann noch des § 855, da nach B. G. B. selbstverständlich (§ 854) ein solcher nicht Besitzer sein könne.

3. Die Entstehungsgeschichte des § 855. Der erste Entwurf hatte den Besitz im Sinne der Savigny-schen Theorie aufgenommen, den Besitzschutz aber auch dem bloßen Inhaber gewährt und zwar nach E. I. § 815, Abs. 4 auch gegen denjenigen, für welchen der Inhaber die Sache innehat. Die Motive

lassen allerdings erkennen, daß mit den Inhabern nicht diejenigen gemeint sein sollten, die die Inhabung unselbständig, in Abhängigkeit von einem Anderen, als Werkzeuge, Organe dieses Anderen ausüben. Der E. 1 selbst aber machte diesen Unterschied zwischen selbständiger (sog. prokuratorischer) und unselbständiger Inhabung nicht. Der Entwurf II beseitigte den Gegensatz von Besitz und Inhabung durch Ausscheidung des Elementes des Besitzwillens aus dem Besitz. Besitz und Inhabung des Entwurfes I fielen zusammen zum Besitz des E. II, dessen Erwerb von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt abhängig war. Da nun die von den Redaktoren vorausgesetzte tatsächliche Gewalt sich auch bei den unselbständigen Inhabern vorfand, so hätte man sich genötigt gesehen, die unserem § 855 sachlich entsprechende Vorschrift aufzunehmen, die dem unselbständigen Inhaber trotz tatsächlicher Gewalt den Besitz ab- und ihn allein dem Besitzherrn zusprach.

4. Weiter weist Hess darauf hin, daß in den Fällen der Besitzdienstschaft die Beziehungen des Besitzdieners zur Sache keine anderen seien als in dem Falle des § 854.

Im Sinne der Hesschen Auffassung könnte man noch hinzufügen: daß das Gesetz dem Besitzdiener tatsächliche Gewalt zuschreibe, ergebe sich auch aus § 860. Verbotene Eigenmacht gegen den Besitzdiener sei nicht gut denkbar, wenn dieser nicht tatsächliche Gewalt habe.

Wir sind der Überzeugung, daß die Ansicht, die dem Besitzdiener tatsächliche Gewalt zuschreibt, nicht haltbar ist. Ganz zweifellos ist dagegen nach allen —

auch Hess' — Auslegungen die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn. Das ergibt sich aus den Worten des Gesetzes selbst, zum Überfluß aber auch noch aus § 856. Diese einzige den Besitzverlust betreffende Vorschrift wäre auf den Besitzherrn gar nicht anwendbar, wenn er nicht selbst Besitzer kraft tatsächlicher Gewalt wäre. [1])

Wer dem Besitzdiener tatsächliche Gewalt zuschreibt, muß, wie Hess dies ja auch tut den § 855 als eine sachliche Ausnahme vom § 854 ansehen. Zu dieser Auffassung haben allerdings die Materialien Veranlassung gegeben. Dem Gesetzgeber schwebte ein enger und unhaltbarer Begriff der tatsächlichen Gewalt vor. Das zeigte sich in der zweiten Lesung, als es sich darum handelte, die den Besitzdiener betreffende Vorschrift aufzunehmen. Hier wurde geltend gemacht, „daß der § 797a (= § 855 B. G. B.) auf einer falschen Voraussetzung beruhe. In den Fällen, die dieser treffen wolle, habe derjenige, für den der Andere die Sache halte, die tatsächliche Gewalt, nicht dieser Andere, denn die tatsächliche Gewalt sei nicht rein physikalisch zu verstehen." Man hielt aber an dem irrigen Standpunkte der Kommission fest, „daß die tatsächliche Gewalt immer physischer Natur sei." Damit harmonierte freilich wieder schlecht, daß die Protokolle III S. 29 der richtigen Auffassung Ausdruck geben: „daß zum Erwerbe des Besitzes Erlangung der tat-

[1]) Vgl. Planck, Z. 1 zu 855; Sprenger, a. a. O. S. 16; Hess, a. a. O. S. 29, Note 1; Berg, a. a. O., S. 21; Haase, a. a. O. S. 8 u. A.

sächlichen Gewalt nötig sei, werde in allen Fällen zutreffen. Nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen sei es dann zu beurteilen, ob das tatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche, um den Besitz als fortbestehend anzusehen." Die hier beliebte Unterscheidung zwischen der Erlangung des Besitzes und seinem Fortbestande ist freilich unberechtigt.

War der Begriff der Kommission von der tatsächlichen Gewalt im § 854 vorausgesetzt, so war es allerdings erklärlich, daß man eine Ausnahme für die Fälle des § 855 im Gesetze für notwendig hielt und den Besitzdiener ausdrücklich für einen Nichtbesitzer erklärte. Wie konnte man aber von der Gleichsetzung der tatsächlichen Gewalt mit der physichen Gewalt zu dem Satze gelangen, daß der Besitzherr allein Besitzer sei, der doch in jenem engen physischen Sinne Gewalt nicht hat, wenigstens nicht notwendig hat? Hier ist nur zweierlei denkbar: entweder gab man die enge Auffassung der tatsächlichen Gewalt auf und nahm doch eine solche in weiterem Sinne an, oder man nahm Besitz beim Besitzherrn ohne tatsächliche Gewalt an. Die Materialien[1]) drücken sich sehr unklar aus; sie konstatieren, „daß es Fälle gebe, in denen jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen Anderen derart ausübe, daß dieser Andere als Besitzer anzusehen sei"; weiter „grundsätzlich sei der, der die tatsächliche Gewalt

[1]) Protokolle, Bd. III, S. 31; Motive, Bd. III, S. 86.

über die Sache ausübe, als Besitzer anzusehen. Nur ausnahmsweise sei ein dritter als Besitzer anzusehen", und „es bedürfe immer eines besonderen rechtlichen Umstandes, kraft dessen dieser tatsächliche Besitz des Einen auf einen Anderen bezogen werde." Lassen diese Aussprüche auch die Deutung zu, als solle dem Besitzherrn keine tatsächliche Gewalt zugeschrieben werden, so ist doch daran zu erinnern, daß die zweite Kommission an der Auffassung der Motive zum Entwurf I nichts ändern, und diese [1]) wiederum betonen die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn durch sein „Organ", den unselbständigen Besitzdiener, so stark, daß sie den Zweifel äußern, ob die Inhabung des Besitzdieners „überhaupt so bezeichnet werden dürfte". Nach dieser Auffassung enthielte dann der § 855 keine bloße Erläuterung und Bestätigung des Besitzbegriffes im § 854, sondern eine nachträgliche Erweiterung durch Ausdehnung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt. Die Notwendigkeit der Aufnahme des § 855 in das Gesetz erklärt sich also nur aus der von den Redaktoren beliebten Begrenzung der tatsächlichen Gewalt, und diese Notwendigkeit fiel für sie in demselben Momente fort, als sie den Begriff der Gewalt erweiterten und eben jene Vorschrift des § 855 gaben. Selbst vom Standpunkte der Redaktoren aus war die Aufnahme des § 855 nur noch durch Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt. Deshalb erscheint die Ausführung von Hess seltsam, sie

[1]) Motive III, S. 86.

reproduziert nur die Gedankenoperationen der Redaktoren, die aber für das fertige Gesetz nichts verschlagen. Hess sagt, der § 855 enthalte eine Ausnahme von § 854, indem er dem Besitzdiener, obwohl er tatsächliche Gewalt habe, den Besitz abspreche. Eine sachliche Ausnahme kann aber nur dann vorliegen, wenn der Besitzbegriff des B. G. B. sich aus 854 ergibt und, was Hess offenbar annimmt, die Fälle der Besitzdienstschaft mit umfassen würde. Diese Annahme schwebt aber ganz in der Luft; denn, wie wir sahen, kommt es für § 854 auf die Auslegung der Worte „tatsächliche Gewalt" an, und die Materialien können uns nicht zwingen, sie nur als physische Gewalt zu deuten. Wäre aber der Besitzbegriff des B. G. B. durch § 854 so fest gegeben, so wäre der § 855 eben nur Ausnahme gegenüber § 854, nicht aber zugleich, wie Hess will, eine Erläuterung und gar Einschränkung des Besitzbegriffes. Eine Erläuterung des gesetzlichen Besitzbegriffes nach § 854 durch § 855 ist nur denkbar, wenn in § 854 auch der Inhalt des § 855 schon enthalten ist, und eine Einschränkung, wenn der Besitzbegriff des B. G. B. in § 854 zu weit gefaßt war, sein wahrer Gehalt sich also erst aus § 854 in Verbindung mit § 855 ergibt. In beiden Fällen läge keine Ausnahme vom Besitzbegriff vor, sondern eine Feststellung des Besitzbegriffes. Der § 855 spielte im ersten Falle die Rolle, daß er das, was § 854 schon vom Besitzbegriff aussagt, für einen speziellen Fall aus Zweckmäßigkeitsrücksichten noch besonders einschärft, im zweiten Falle wäre der Besitzbegriff im Gesetze im § 854 überhaupt

nicht korrekt gefaßt, seine volle Bedeutung ergäbe sich erst aus § 854 in Verbindung mit § 855. Das Gesetz hätte sich gegenüber § 854 im § 855 selbst in der Formulierung korrigiert. Das ist die Auffassung, die Sprenger[1]) vertritt. Der Werdegang des Gesetzes spricht eher gegen als für diese Auffassung.

Das Gesetz selbst läßt sie in keiner Weise erkennen, und wäre sie richtig, so wäre der Redaktion ein schwerer Vorwurf nicht zu ersparen: Der Gesetzgeber hätte seinen völlig abgeschlossenen Besitzbegriff nur in seinen getrennten Merkmalen in Vorschriften zum Ausdruck gebracht, die den Besitz als solchen betreffen. Für das Gesetz ist die erste Auffassung die allein mögliche. Demnach ist der § 855 im Gesetzbuch sachlich nicht notwendig, er ist nur ein Produkt der Zweckmäßigkeit. Der negativen Bedeutung des § 855, die ihn als Ausnahme usw. von § 854 erscheinen lassen soll, stellt Heß seine positive gegenüber (s. oben). Auch das erregt Bedenken. Die Negation ist gar kein selbständiger Inhalt des § 855 neben dem positiven Ausspruch, daß der Besitzherr allein Besitzer sei, allein die tatsächliche Gewalt habe. Der positive Ausspruch zugunsten des Besitzherrn bedeutet die Negation zu ungunsten des Besitzdieners. Nicht anders läge es, wenn im Gesetze allein die Negierung des Besitzes des Besitzdieners ausgesprochen wäre. Daß das Gesetz Negation und Positive zugleich ausspricht, mag zweckmäßig sein, gibt aber beiden Aussprüchen keine selb-

[1]) siehe oben S. 28 f.

ständige Bedeutung, mit dem einen ist der andere ganz von selbst gegeben. Daß Hess aus der Negative die Positive folgern würde, sagt er selbst: „er (der Besitzherr) allein wird Besitzer, nur er wird Besitzer, da der tatsächlichen Gewalt in der Person des „Ausübenden“ die Wirkung versagt ist.“

Für die hier besprochene Frage hat demnach der hervorgehobene positive Inhalt des § 855 keine andere Bedeutung als die Negation. Der § 855 bleibt auch von diesem Gesichtspunkte aus sachlich eine überflüssige Vorschrift. Denken wir uns den § 855 aus dem Gesetz fort, so müssen wir der Verkehrsauffassung folgend dem bloßen Besitzdiener den Besitz absprechen trotz seiner Beziehung zur Sache und den Besitz dem Besitzherrn allein zusprechen.

Wir stehen demnach auf dem Boden der Planckschen Auffassung, was das Verhältnis der §§ 854 und 855 anbetrifft. Soweit der Besitzbegriff des B. G. B. aus dem § 854 entwickelt werden kann, ist er in ihm in seiner ganzen Tragweite als rechtlich anerkannte, mit Rechtsfolgen ausgestattete tatsächliche Gewalt gemeint. Die tatsächliche Gewalt bedeutet aber nicht lediglich physische Gewalt, sondern jegliche Beziehung der Person zur Sache, auf Grund welcher die Verkehrsauffassung die ausschließliche Zugehörigkeit der Sache zur Person annimmt.

Schon nach diesem Besitzbegriff müssen wir den Besitz des Besitzdieners verneinen, den des Besitzherrn feststellen. Der § 855 enthält lediglich eine Anwendung des Besitzbegriffes auf einen besonderen Fall, seine

Aufnahme in das Gesetz ist sachlich überflüssig, aber aus Zweckmäßigkeitsgründen vielleicht empfehlenswert und zu billigen. In dem gleichen Verhältnis zum § 854 und seinem Besitzbegriff steht auch die Vorschrift des Gesetzes in § 856, Abs. 2. „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt."

Wir müssen daher die Hesssche Ansicht, es läge in den Fällen der Besitzdienstschaft eine doppelte tatsächliche Gewalt vor, ablehnen. Auch die besonders für eine tatsächliche Gewalt des Besitzdieners angeführten Argumente vermögen sie nicht zu stützen.

Dies gilt zunächst von dem Wortlaut des § 855, der unsere Auffassung ganz korrekt wiedergibt. Der Gesetzgeber hatte sich die Situation im Falle des Besitzdienerverhältnisses zu vergegenwärtigen; er mußte wahrnehmen, daß sich Beziehungen der Sache zu den Herrschaftssphären zweier Personen ergeben,[1]) daß aber in Wahrheit der Machtkreis der einen Person in dem der anderen ganz aufgeht, weil sie der anderen ganz untergeordnet erscheint. Sie übt daher nur die Herrschaft der anderen Person aus. Daher ist diese andere Person allein Besitzer. Diesen Sachverhalt gibt § 855 korrekt wieder, indem er sagt: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt . . . . aus, so ist nur der andere Besitzer." Genauer sagt der § 855 damit: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache

[1]) Vgl. Rotering, a. a. O. S. 66.

für einen Anderen in dessen Haushalt . . . . . aus, so ist diese tatsächliche Gewalt keine ihm zuständige mehr, sondern eine dem Anderen zuständige und deshalb ist nur der Andere Besitzer.“ Schließt man dagegen mit Hess u. A. aus den Worten: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt“, daß dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zugeschrieben werde, so reißt man aus dem § 855 ein Stück heraus und gelangt zu dem trivialen Satz: „Übt jemand eigene tatsächliche Gewalt aus, dann hat er sie“, während § 855 gerade sagen will: „Übt jemand fremde tatsächliche Gewalt in völliger Abhängigkeit von dem Fremden, so steht ihm tatsächliche Gewalt garnicht zu“.

Weiter enthielte der § 855 im Sinne der Hess-schen Auslegung einen logischen Widerspruch. Hess sagt: Es liege also eine doppelte tatsächliche Gewalt vor, eine unmittelbare des Besitzdieners und eine durch diesen vermittelte des Besitzherrn. Der tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners seien die Wirkungen entzogen, während diejenige des Herrn ihre normalen Wirkungen habe. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners soll ganz die gleiche sein, wie die des Besitzherrn. Nach Hess wird dem „Anderen“ Besitz zugesprochen, weil für ihn das tatsächliche Moment durch den Besitzdiener hergestellt wird und es wird nur ihm der Besitz zugebilligt, weil „der tatsächlichen Gewalt in der Person des „Ausübenden“ die Wirkung versagt ist“. Fragen wir aber, weshalb diese Versagung vom Gesetze ausgesprochen ist, so würde Hess eine Antwort nicht geben können, wenn die tatsächliche

Gewalt des einen der des Anderen gleich ist. Wir hätten das höchst unbefriedigende Ergebnis, daß zwei ganz gleich beschaffene Verhältnisse vom Rechte verschieden geregelt wären. Das ist aber die Meinung von Hess auch garnicht, er sagt vielmehr, daß bei dem Vorliegen des in § 855 bezeichneten Momentes in der Person des Ausübenden bei dem „Anderen“ die tatsächliche Gewalt über die Sache und damit Besitz hergestellt wird. Ist nun aber die Ausübung der dem Besitzdiener zustehenden tatsächlichen Gewalt gewisser begleitender Momente wegen eine solche, daß kraft solcher Ausübung einem Anderen tatsächliche Gewalt zukommt, so kann das in der Person des Ausübenden Vorliegende sicher nicht eine tatsächliche Gewalt in dem gleichen Sinne sein, wie bei dem Anderen. Und weil sie eben das nicht ist, wird ihr die Bedeutung des Besitztatbestandes abgesprochen. Der Satz, der Besitzdiener habe tatsächliche Gewalt und zwar die gleiche wie der Herr, ist daher unrichtig, sobald wir, was dem Gesetz gegenüber allein zulässig ist, unter tatsächlicher Gewalt den gesamten Besitztatbestand verstehen. Greifen wir aber aus dem Besitztatbestande das einzelne Moment heraus, nämlich das der sinnlich wahrnehmbaren Beziehung der Person zur Sache, und nennen dieses „tatsächliche Gewalt“, dann ist es richtig, wenn Hess sagt: „wenn eine Köchin mit dem Korbe auf den Markt geht und dasselbe eine Hausfrau tut, so ist objektiv betrachtet kein Unterschied in dem Verhältnis der Person zur Sache. Beide haben die tatsächliche Gewalt in gleicher Weise.“ Der Fehler

der Hessschen Ausführungen liegt nun darin, daß er bei der Annahme einer doppelten tatsächlichen Gewalt diese einmal als das einzelne Besitztatbestandsmerkmal der sinnlich wahrnehmbaren Beziehung der Person zur Sache und dann als vollen Besitztatbestand versteht, ohne sich dessen klar bewußt zu werden. Damit hängt es dann wieder zusammen, daß er § 855 als Ausnahme von § 854 auffassen zu müssen glaubt. Halten wir die tatsächliche Gewalt als Gesamttatbestand des Besitzes nicht von seinem einzelnen Momente der sinnlich wahrnehmbaren Beziehung der Person zur Sache getrennt, so kämen wir nicht nur etwa wie Hess im § 855, sondern in vielen anderen Fällen zur Annahme doppelter tatsächlicher Gewalt. Läßt z. B. der Arbeiter sein Gerät auf dem Felde oder in der Wohnung des Dienstherrn liegen, so könnten wir, wenn wir lediglich auf die sinnlich wahrnehmbare Beziehung der Person zur Sache sehen, sowohl dem Arbeiter als auch dem Besitzherrn tatsächliche Gewalt zuschreiben. Um aber das Urteil über den Besitztatbestand als Ganzes zu fällen, zieht der Verkehr weitere Momente heran, die darüber entscheiden, welche Beziehung zur Sache die entscheidende, die stärkere ist und sieht den Besitztatbestand nur in der Person des Arbeiters als gegeben an.

Wir geben demnach zu, daß der Besitzdiener in einer äußeren Beziehung zur Sache steht, aber tatsächliche Gewalt im Sinne des ganzen Besitztatbestandes ist sie nicht; sie ist insofern nur Ausübung fremder

tatsächlicher Gewalt. Und weil sie das ist, sind dem Besitzdiener die im § 859 dem Besitzer gegebenen Befugnisse der Besitzselbsthülfe als solche des Herrn zur Ausübung zugebilligt.

§ 2. Das Abhängigkeitsverhältnis.

Es ergab sich für uns, daß der § 855 nur eine Anwendung des allgemeinen im § 854 nur seinem Tatbestande nach gegebenen Besitzbegriffes des B. G. B. enthält. Das Gesetz gibt der Verkehrsauffassung gemäß im § 855 dem Besitzherrn allein den Besitz, weil sich in seiner Person der volle Besitztatbestand, die tatsächliche Gewalt, verwirklicht. Sie liegt in seiner Person vor, weil der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten hat. In dieser positiven Entscheidung liegt die Bedeutung des § 855. In ihr liegt, wie wir schon sahen, die negative, daß wegen des zwischen Besitzdiener und Besitzherrn bestehenden Verhältnisses dasjenige von Besitzdiener und Sache nicht als Besitztatbestand in der Person des Besitzdieners beachtet werden kann. Auf die Art dieser entscheidenden Beziehungen zwischen Besitzherrn und Besitzdiener kommt es daher wesentlich an und bei der Klarlegung dieser Beziehungen ist in erster Linie die Umschreibung dieser Beziehungen im § 855 maßgebend. Da aber nach unserer Auffassung der § 855

nur eine Exemplifikation des allgemeinen Besitzbegriffes enthält, so wird auch die Besitzdienstschaft aus dem allgemeinen Besitzbegriffe ihre Feststellung erfahren müssen. Darin liegt die weitere Bedeutung unserer Auffassung des Verhältnisses des § 855 zum § 854. Denn wer den § 855 als Ausnahmebestimmung ansieht, wird geneigt sein, den Inhalt des § 855 lediglich aus ihm selbst zu entnehmen. Wer dem Besitzdiener, weil er auch tatsächliche Gewalt habe, ohne § 855 den Besitz zusprechen zu müssen glaubt, wird zunächst zu erklären versuchen, weshalb das entscheidende Verhältnis ihm den Besitz nimmt, während wir aus dem entscheidenden Verhältnis zu erklären haben, weshalb der Besitzherr den Besitz hat.

Es besteht nun darüber ganz überwiegend Einverständnis, daß der Besitz des Herrn deshalb anerkannt wird, weil der Besitzdiener sich in einem bestimmten Verhältnis zu ihm befindet. Nur Endemann [1]) scheint dies Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener für irrelevant zu halten. Er bemerkt zunächst: „Es handelt sich mithin um die Erweiterung des Begriffes des unmittelbaren Besitzes als einer sozialen Sachherrschaft, die sich körperlich erstreckt und unbeschränkt durchsetzt auf die von dem Helfer bereitgehaltenen Sachen.“ Von unserem Standpunkte aus ist nur zu sagen, daß von einer Erweiterung des Begriffes des unmittelbaren Besitzes in unserem Falle nicht die Rede ist, sondern nur von einer Anwendung. Ist

[1]) Lehrbuch 8. u. 9. Aufl., II, § 33.

der Besitz überhaupt soziale Sachherrschaft, so ist nur gesagt, daß solche auch hier vorliegt. Insofern steht Endemann auf unserem Standpunkt. Er sagt deshalb auch: „Entscheidend ist, ob im einzelnen Tatbestande nach allgemein gültigen Verkehrsanschauungen eine der körperlichen ebenbürtige soziale Sachgewalt vorhanden ist.“ Bedenklich ist allerdings der Satz Endemanns: „Der alleinige Besitzer auch im physischen Sinne ist der Herr geblieben.“ Das ist nicht richtig und erweckt den Anschein, als wolle Endemann den Besitztatbestand als „physische Gewalt“ definieren. Endemann hat weiter darin Recht, daß er tatsächliche Gewalt im Sinne des Besitztatbestandes beim Besitzdiener leugnet. Im Übrigen aber müssen wir seine Auffassung ablehnen. Für den Besitz des Herrn soll allein entscheidend sein, daß die Sache objektiv erkennbar in das Herrschaftsgebiet des Herrn gehört. Denn was zum Haushalt oder Erwerbsgeschäft dient, werde der für diese begründeten Rechtslage schlechthin unterworfen, es komme nur darauf an, daß die Sache durch Verfügung des Herrn zum Gebrauch im Hause oder Geschäft bestimmt wurde. Werden die Sachen außerhalb des Hauses und der umfriedeten Liegenschaften gehalten, so genüge die „kennbar gemachte Zugehörigkeit“, die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt müsse sich hier in äußeren Umständen kundtun. Endemann meint daher, daß schon deshalb der Herr Besitzer sei, weil die Sachen zum Hause usw. gehörten, auf die Unterordnung des Besitzdieners könne es deshalb garnicht weiter ankommen. Die Fassung des

§ 855 soll dementsprechend dem „Mißverständnis“ Raum geben, als käme es auf das Unterordnungsverhältnis des Besitzdieners zum Herrn an, um die Besitzlage zu bestimmen. Damit gibt Endemann zu, daß sich seine Auffassung mit dem Wortlaut des § 855 in Widerspruch befindet, er gibt aber weiter auch zu, daß die Protokolle III, S. 32 auf das Unterordnungsverhältnis abstellen. Daß die Protokolle VI, S. 219 diesen Standpunkt verlassen hätten, wie Endemann anzunehmen scheint, ist unzutreffend; es trifft das Gegenteil zu. Daß die objektiv erkennbare Zugehörigkeit zum Hause, Erwerbsgeschäfte usw. allein über die Besitzlage entscheide, ist ein viel zu weit gehender Satz. Wenn ich mir Sachen leihe oder miete für die dauernde Benutzung im Hause, so habe ich sie nicht nur dazu bestimmt, sondern diese Bestimmung kann auch objektiv so erkennbar sein wie möglich. Diese Sachlage entscheidet aber über die Besitzverhältnisse nicht allein. So liegt es auch in den Fällen des § 855. Mit der von Endemann allein für entscheidend erklärten erkennbaren Zugehörigkeit zum Hause usw. verbindet sich eine Zugehörigkeit zur Person des Besitzdieners, er hat die Sache. Endemann übersieht vollkommen, daß die tatsächliche Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Sache gerade dem Besitzdiener in viel höherem Maße zusteht als dem Herrn. Dieses Bedenken überwindet der Verkehr nur dadurch, daß er die starke Unterordnung der Mittelsperson unter den Herrn berücksichtigt. Endemann verkennt also das in den Tatbeständen des § 855 liegende Problem

gänzlich. Außerdem sind seine Ausführungen widerspruchsvoll. Er sagt: „Ihm (dem Besitzherrn) allein wird die Sachgewalt zugerechnet, weil er dem Halter kein Recht sich gegenüber eingeräumt hat, dieser vielmehr vermöge seiner objektiv hervortretenden Gebundenheit nicht die eigene, sondern nur die tatsächliche Gewalt des Herrn über die Sache unterstützt und erhält.“ Hier wird also doch die Gebundenheit des Besitzdieners wieder als wesentlich betont. Solche liegt doch eben in seinem Verhältnis als Besitzdiener und wenn sie bewirkt, daß die tatsächliche Gewalt nur dem Besitzherrn zugeschrieben wird, so muß das eben in der Unterordnung liegen, die die Gebundenheit bewirkt. Der Besitzdiener wird zum Werkzeug oder Organ des Herrn. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß Endemann die Gebundenheit als eine „objektiv hervortretende“ verlangt. Endemann will vielleicht damit nur sagen, der Besitzdiener gehöre objektiv zum Hause usw., wie er das für die Sache selbst verlangt, wir würden aber, wenn wir diese Gebundenheit näher untersuchen, immer auf das Verhältnis zum Besitzherrn geführt werden, ohne welches eben eine Zugehörigkeit zu dessen Haushalt usw. garnicht vorliegt. So gibt Endemann selbst wieder zu, daß im § 855 auch das Verhältnis des Besitzdieners zum Besitzherrn wesentliche Bedeutung für die Entscheidung über die Besitzlage hat. Endemann meint nun, die Verschiedenartigkeit der Stellung des Besitzdieners beweise, daß von ihr aus die Entscheidung nicht getroffen werden könne. Es kann doch aber trotz aller

Verschiedenartigkeit das vom Gesetz geforderte Unterordnungsverhältnis vorliegen, worauf es nach § 855 allein ankommt. Weiter sagt Endemann, das Dienstverhältnis entscheide nicht, weil es keineswegs eine persönliche Abhängigkeit begründe, die den Diener dem Herrn gegenüber als unfähig zum Eigen- oder Nutzbesitz stempele. Ein so weit gehendes Abhängigkeitsverhältnis wird aber vom § 855 garnicht verlangt, die Verkehrsauffassung bedarf auch nur einer gewissen begrenzten Abhängigkeit, die das Band zwischen Herrn und Sache als das entscheidende herstellt. Von diesem abgesehen, besteht auch für die Frage des Besitzes volle Selbständigkeit des Besitzdieners.

Eine Charakterisierung des nach § 855 entscheidenden Verhältnisses ist in verschiedener Weise versucht worden. Nach allen Auffassungen handelt es sich um ein Verhältnis der Unterordnung und Abhängigkeit. Die Ansichten gehen aber auseinander, sowohl hinsichtlich der Frage, wodurch dieses Verhältnis begründet sein muß, als auch welche Besonderheiten es auszeichnen sollen.

1. Es soll die Willensrichtung des Besitzdieners für die Herstellung des Verhältnisses entscheidend sein, wie Cosack[1]) und Bunsen[2]) wollen. Zur Widerlegung dieser Ansicht diene folgendes Beispiel:[3])

[1]) Lehrbuch S. 65.
[2]) Einführung, S. 11.
[3]) Vgl. Hess, S. 33 f.

Eine Köchin, die auf dem Markte für ihre Herrschaft eine Gans kauft, erwirbt m. E. der Herrschaft auch dann Besitz und Eigentum, wenn sie den Willen hat, die Gans selbst zu besitzen, ja sogar dann, wenn sie diesen Willen nach außen kund gibt, indem sie sich z. B. als Selbstkäuferin geriert aus folgenden Gründen: die Köchin hat sich mit ihrer freiwilligen, mit ihrem Dienstantritt erklärten Unterordnung unter die Weisungen ihrer Herrschaft ein für allemal jedes eigenen Herrschaftswillens über die Sachen begeben, über die sie innerhalb ihres Pflichtenkreises tatsächliche Gewalt erlangt und ausübt. Sie hat sich mit ihrem Dienstantritt verpflichtet, jederzeit jede Einwirkung der Herrschaft auf Sachen, die sie in ihrer Eigenschaft als Besitzdienerin innehat, zu dulden und den Weisungen der Herrschaft, welche diese Sachen betreffen, nachzukommen.[1]) Eine nachträgliche Willensänderung der Besitzdienerin muß bei der Tendenz des B. G. B. Besitzerwerb und Besitz auch ohne darauf gerichteten Willen — so sind Kinder unter sieben Jahren und Geisteskranke nach herrschender Lehre für das B. G. B. besitzfähig — anzuerkennen, belanglos bleiben,[2]) wenn sie nicht in Handlungen ihren Ausdruck findet, die geeignet sind, dem Besitzherrn die tatsächliche Gewalt zu entziehen. Auf diese Fälle wird weiter unten noch zurückgegriffen werden. Kaum der Hervorhebung

[1]) Vgl. Frank, Besitzwille, S. 29.

[2]) Vgl. für die Konsequenzen der gegenteiligen Ansicht; Fleck, der Bote, S. 357 ff. und Hess, a. a. O. S. 34.

bedarf es, daß der Besitzdiener bei unserer Auffassung keineswegs überhaupt besitzunfähig wird.[1]) Es ist selbstverständlich, daß er Besitzer und Eigentümer seiner Sachen bleibt, auch wenn er sie innerhalb seiner Abhängigkeitsstellung und zu Zwecken des Dienstes gebraucht. Es ist ferner gegen Cosack zu bemerken, daß seine Auslegung in den Worten des § 855 nicht die geringste Stütze findet.

2. Ferner ist das zum Besitzdiener herabdrückende Moment nicht mit Isay[2]) in der „typischen Offenkundigkeit der gestion“ oder „der Publizität der Nichtverfügungsbefugnis des Besitzdieners“ zu erblicken. Der Wortlaut des § 855 steht auch dieser Ansicht entgegen. Das Kriterium Isays wird zwar oft zutreffen, es lassen sich aber eine Reihe von Fällen denken, wo nicht äußerlich zu erkennen ist, wer Besitzdiener und wer Besitzer ist;[3]) deshalb ist Isays Ansicht als eine die Sicherheit der Entscheidung kaum garantierende zu verwerfen.[4]) Insbesondere sind nach Isays Gesichtspunkt auch die Fälle der Besitzvermittlung (§ 868) von denen des § 855 kaum zu trennen. Das nach außen sich darbietende Verhältnis ist in beiden Fällen oft ganz das gleiche.

3. Als nicht zutreffend und fast von allen Schriftstellern verworfen ist das von Bekker[5]) aufgestellte

---

[1]) siehe oben S. 43.

[2]) Geschäftsführung, S. 286.

[3]) Hess, a. a. O. S. 35 f.

[4]) Biermann, Bem. zu § 855.

[5]) Besitz beweglicher Sachen, S. 44.

Kriterium: „Maßgebend ist ein Verhältnis, vermöge dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen bei Vermeidung berechtigten tätlichen Eingreifens dieses Anderen sofort Folge zu leisten hat". Nach Bekker ist also zweifellos das innere Verhältnis vom Besitzdiener und Herr maßgebend, es ist auch als ein Unterordnungsverhältnis bezeichnet. Sollten aber die Worte: sofort Folge zu leisten hat", etwas besonderes sagen und nicht ein bloßer Pleonasmus sein,[1]) so könnte damit auf eine sehr intensive Unterordnung hingewiesen sein sollen. Darin läge allerdings, wie sich zeigen wird, ein richtiger Gesichtspunkt.

4. Während die Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn nach Cosack durch den Willen des ersteren hergestellt wird, nach Isay eine Offenkundigkeit der Unterordnung verlangt wird, charakterisiert Bekker diese nur als eine intensive. Der Standpunkt der Majorität der Autoren ist der, daß sie gerade das innere Abhängigkeitsverhältnis für die Vorschrift des § 855 entscheidend ansehen.[2]) In vielen wichtigen Punkten gehen aber wieder die Ansichten auseinander.

A. Um das Abhängigkeitsverhältnis im Allgemeinen zu charakterisieren ist es von Wert, auf das Verhältnis der offenbar verwandten §§ 868 und 855 zu einander einzugehen.

[1]) Vgl. Hess, a. a. O., S. 34 f.

[2]) Vgl. Hess, S. 30, 36 ff, und die dort Citierten.

Das B. G. B. kennt zwei verschiedene Klassen von Hülfspersonen, die für uns handeln können, wenn es gilt, Besitz zu erwerben, zu erhalten und zu übertragen: Die Besitzmittler des § 868 nnd die Besitzdiener des § 855.[1]) Die Besitz-Rechtsfolgen der Gestion für den Geschäftsherrn sind jedoch nach dem Gesetz grundverschieden: handelt ein Besitzmittler, so erwirbt er selbst unmittelbaren, verschafft aber dem Geschäftsherrn mittelbaren Besitz; wird ein Besitzdiener für seinen Herrn tätig, so wird dieser allein Besitzer. „Der Besitzmittler ist Vollbesitzer in eigenem Namen mit allen Schutzmitteln",[2]) der Besitzdiener dagegen ist nicht Besitzer sondern übt nur die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus und genießt vom § 860 abgesehen keinen Besitzschutz. Würde der Besitzmittler dagegen durch den mittelbaren Besitzer im Besitze irgend wie gestört; so könnte er sich dagegen als gegen verbotene Eigenmacht mit allen gesetzlichen Mitteln wehren, wie ihm auch unzweifelhaft ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zusteht.

Der § 855 hat aber noch eine besondere Aufgabe. Unser Gesetzbuch hat den Besitzwillen des gemeinen Rechtes, den animus in Gegensatz zum corpus des Besitzes nicht aufgenommen und damit „der sog. Stellvertretung im Besitze, welche ja auf der gleichmäßigen Bedeutung von corpus und animus für den Besitz und auf der Möglichkeit des Auseinander-

[1]) Kober, a. a. O., Bem. zu § 855.

[2]) Berg, S. 59.

fallens beider beruhte, den Boden entzogen.“ [1]) Auch der negotiorum gestor, der für einen anderen tatsächliche Gewalt ausübt, z. B. eine Sache verwahrt, wird nach § 868 unmittelbarer Besitzer.

Das B. G. B. kennt keine Stellvertretung im unmittelbaren Besitze, weil, wer tatsächliche Gewalt ausübt, i. A. auch Besitzer ist. Von diesem Grundsatze wird jedoch im § 855 eine Ausnahme aufgestellt: ein Besitzdiener, der innerhalb seiner Abhängigkeitsstellung eine Sache erwirbt, verschafft damit seinem Herrn den unmittelbaren Besitz derselben.

Worin hat nun die verschiedenartige Wirkung der Geschäftsführung ihren Grund? In beiden Fällen kommt es lediglich auf das zwischen den Beteiligten bestehende innere Verhältnis an. Zur Herstellung des im § 868 gegebenen Tatbestandes ist „erforderlich ein zwischen den Beteiligten bestehendes oder doch von dem unmittelbaren Besitzer als bestehend anerkanntes gesetzlich oder rechtsgeschäftlich begründetes Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Besitzer einem Anderen gegenüber auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, d. h. nicht dauernd zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist“.[2]) „Bei § 868 bezieht sich das „Grundverhältnis“ unmittelbar auf die Überlassung der individuell bestimmten Sache, während das Verhältnis des § 855 eine allgemeine persönliche Abhängigkeit begründet“.[3])

[1]) Isay, Geschäftsführung, S. 264.

[2]) Neumann, Handausgabe, Bem. 3b zu § 868.

[3]) Berg, a. a. O., S. 60.

Der Besitzdiener hat innerhalb seines Pflichtenkreises für alle in diesen Kreis gehörigen Sachen den Weisungen seines Herrn nachzukommen. Bei Ungehorsam des Besitzdieners steht dem Herrn ein jederzeitiges Eingriffsrecht, dagegen dem Besitzdiener nie, auch nicht bei Verwendungen auf die Sache ein Zurückbehaltungsrecht zu.

In der verschiedenen Intensität der Abhängigkeit der Geschäftsführer von den Weisungen des Geschäftsherrn liegt daher der Grund der verschiedenen rechtlichen Behandlung.

In den Fällen „bloßer obligatorischer Gebundenheit" (Strohal) des § 868 ist dem Gesetzgeber die Abhängigkeit nicht so schwerwiegend erschienen, daß er die Rechtsfolgen über die Hülfsperson hinweg allein an die Person des Geschäftsherrn knüpfen zu sollen glaubte. Diese Art von Abhängigkeit reicht also zur Begründung einer Besitzdienstschaft mit ihren allein beim Geschäftsherrn eintretenden Rechtsfolgen nicht aus, sondern nur eine intensivere Abhängigkeit kann diese Wirkungen haben: die des § 855.

Das Gesetz nennt als solche Abhängigkeitsverhältnisse, ohne eine erschöpfende Aufzählung zu geben, als Beispiele: Haushalt, Erwerbsgeschäft und ähnliche Verhältnisse. Es hat mit diesen Beispielen die praktisch wichtigsten Fälle herausgegriffen und es bewußt (Protokolle III S. 31) der Wissenschaft und Praxis überlassen durch vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 855 zu sorgen. Daß unter den

„ähnlichen Verhältnissen“ ähnliche Abhängigkeitsverhältnisse zu verstehen sind, wie sie Haushalt und Erwerbsgeschäft aufweisen, zeigt zum Überfluß der nach den Protokollen (a. a. O.) gestellte, aber als selbstverständlich unberücksichtigt gelassene Antrag statt „ähnliche Verhältnisse“ zu schreiben: „in einem sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse“.

Die Betrachtung der Verschiedenheit beider Abhängigkeitsverhältnisse zeigt aber auch klar, wie die Vorschriften der §§ 855 und 868 beide abgeleitet sind aus dem allgemeinen Besitzbegriffe.

In beiden Fällen ergaben sich dem Beobachter Beziehungen zu den Machtkreisen zweier Personen.

Nach der Verkehrsanschauung ist zweifelhaft, welche Person die tatsächliche Gewalt im Sinne des Besitztatbestandes hat. Der Besitzdiener selbst geht in Ansehung der Sachen, die von der Besitzdienstschaft ergriffen werden, ganz in dem Machtkreis des Herrn auf, nur der Herr hat Besitz. In den Fällen des § 868 behält dagegen der Gehülfe bezüglich der von dem inneren Verhältnis umfaßten Sachen durch den Willen des Herrn eine gewisse Selbständigkeit; er ist Gehülfe und selbständiger Inhaber zugleich. Für den Gesetzgeber entstand die Frage, wie weit er dieser natürlichen Beobachtung, der Natur der Sache Rechnung tragen wollte. Die ausschließliche Betonung und Verwertung der Gehülfenstellung hätte zu einer erheblichen Ausdehnung des § 855 geführt; es wäre entgegen der Tendenz der modernen, sowie auch der gemeinrecht-

lichen Entwicklung zu einer starken Einengung des Besitzes gekommen. Der Herr wäre auch in den Fällen des § 868 allein Besitzer geworden; dabei wäre die relative Selbständigkeit des Gehülfen ignoriert. Hätte andererseits der Gesetzgeber ausschließlich diese doch nur relative Selbständigkeit des Gehülfen berücksichtigt und dem Gehülfen allein Besitz gegeben, so wäre dem natürlichen Gewichte des Abhängigkeitsverhältnisses, das doch die Sache dem Herrn wieder sehr nahe bringt, keine Rechnung getragen. Im § 868 ist die Gesetzgebung der natürlichen Beobachtung gefolgt; indem sie dem Gehülfen den unmittelbaren, dem Herrn den mittelbaren Besitz gab, sanktionierte sie auch nur eine Konsequenz aus dem allgemeinen Besitzbegriff. Die Vorschrift des § 868 war aber wie sich aus der Behandlung der Fälle im bisherigen Rechte und den verschiedenen an sich gegebenen Möglichkeiten ergibt, eine notwendige. Denn es hätte zweifelhaft sein können, ob das Gesetz den Besitzbegriff in diese seine letzten Folgerungen durchführen wollte. Der § 868 war daher notwendig und er trägt viel mehr einen positiven Charakter als der § 855, dessen Vorschrift von der Auslegung mit Notwendigkeit aus dem Besitzbegriff hätte entnommen werden müssen.

Liegt nun die Unterscheidung von Besitzdienstschaft und Besitzmittlerschaft lediglich in der Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses, nicht in seiner juristischen Struktur, so ist die Abgrenzung beider Fälle keineswegs immer leicht, da die Grenzen flüssig sind. Wie schon die bisherige Auslegung zeigt, werden sich leicht

Fälle ergeben, die zu Zweifeln Anlaß geben. Es ist zu beachten, daß auch in solchen Fällen, die zweifellos unter den § 855 gezogen werden müssen, eine gewisse Selbständigkeit des Besitzdieners immer gegeben ist. Sie zeigt sich in dem eigenen Interesse an der Inhabung, dessen Befriedigung vom Herrn erstattet mit dessen Interesse nicht kollidiert. Mit Recht rät daher Biermann[1]) „bei Zweifeln eher vermittelnden Besitz als Besitzdienerschaft anzunehmen. Dies entspricht der Tendenz des B. G. B. überall da, wo tatsächliche Gewalt vorhanden ist, Besitz und Besitzesschutz anzuerkennen".[2])

B. Ist für die Anwendbarkeit des § 855 eine gewisse Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses gefordert, so ergeben sich doch noch weitere Differenzen unter den Auslegenden.

a. Wohl die wichtigste unter diesen betrifft die Frage: muß man ein Rechtsverhältnis fordern, welches die Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn begründet, oder hat auch ein rein tatsächliches Unterordnungsverhältnis diese Wirkung.

Binder,[3]) Burghoff,[4]) Frank,[5]) Hess,[6])

[1]) Sachenrecht, Bem. zu 855.

[2]) In ähnlichem Sinne fordern Bekker und Frank restriktive Interpretation des § 855.

[3]) a. a. O. S. 57, Anm. 76.

[4]) Besitzwille, S. 48.

[5]) a. a. O. S. 32.

[6]) a. a. O. S. 37.

Meissner[1]) und die Protokolle[2]) fordern das Erstere, Matthiass,[3]) Planck,[4]) Oppenheim,[5]) Sprenger,[6]) Strohal[7]) und Neumann[8]) das Letztere.

Zunächst ist festzuhalten, daß der Wortlaut des § 855 noch nicht für die letztere Ansicht spricht; er spricht nur von der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache für einen Andern in dessen Haushalt . . . . oder in einem ähnlichen Verhältnis. Mit dem „Verhältnis" ist zunächst auf die juristische Art der Beziehung zwischen Besitzherrn und Besitzdiener nicht hingewiesen, sondern nur auf einen Machtkreis des Besitzherrn ähnlich dessen Hause oder Erwerbsgeschäft. Die Beziehung zwischen den Beteiligten findet aber ihre Charakterisierung in den Worten: „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat". Das „Folge zu leisten haben" kann als rechtliche Verpflichtung oder als Ausfluß rein tatsächlicher Abhängigkeit gedacht sein.

Die Anhänger der Ansicht, ein tatsächliches Unterordnungsverhältnis genüge, müssen die letztere Auslegung

[1]) a. a. O. S. 8.
[2]) Bd. 3, S. 32.
[3]) Lehrbuch des B. G. B., Bd. II, S. 5, 6.
[4]) a. a. O., Bem. 2 zu 855.
[5]) Besitzdiener, S. 25.
[6]) a. a. O. S. 33 f.
[7]) Sachbesitz. S. 12.
[8]) Bem. 1 zu 855.

vertreten. Sie verlangen ein solches Abhängigkeitsverhältnis „daß, sofern der Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen".[1]) Diese Ansicht erscheint uns als die richtige. Hess[2]) gibt zu, daß Strohal das Unterordnungsverhältnis inhaltlich richtig charakterisiert, es erhebe sich aber die Frage, worauf sich das Unterordnungsverhältnis gründe, was es erzeuge? Diese Frage beantwortet er dahin, daß die Auffassung des Lebens ein Abhängigkeitsverhältnis nicht begründen, sondern nur anzeigen könne, wann es vorliegt. Es bliebe somit der Grund der Abhängigkeit unerklärt. Diese Kritik ist m. E. nicht durchschlagend; sie enthält nur eine petitio principii. Die von Hess bekämpfte Ansicht Plancks und Strohals hält ja eben ein begründetes Abhängigkeitsverhältnis nicht für notwendig. Hess hätte beweisen müssen, daß die Pflicht zur Folgeleistung nur als eine rechtlich begründete vom Gesetz verstanden ist. Dieser Beweis würde erbracht sein, wenn eine solche Pflicht nur als eine rechtlich begründete verstanden werden könnte. Wir können also zunächst Hess nur zugeben, daß in der Mehrzahl der Fälle die Ausübung der tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners auf einem rechtlichen Verhältnisse beruhen wird.[3])

[1]) Strohal, Sachbesitz, S. 9.
[2]) a. a. O. S. 39.
[3]) Vgl. Berg, a. a. O. S. 60.

Weiter eignet sich Hess[1]) einen Einwand Gärtners[2]) gegen die Ansicht von Strohal an, der Besitz des Herrn werde nur begründet und erhalten kraft des Abhängigkeitsverhältnisses, bei einem rein tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisse, wo es an jeder rechtlichen Gebundenheit fehle, sei aber der Bestand des Besitzers für den Herrn ein höchst unsicherer, und vom guten Willen des Besitzdieners abhängig. Damit sei dem Bedürfnis des Verkehrs absolut nicht genügt. Abgesehen davon, daß diese Erwägungen aus dem Bedürfnisse des Verkehrs heraus dem Gesetze gegenüber keine allein entscheidende Bedeutung beanspruchen können und an sich etwas schwankendes haben, scheint mir Hess die Macht tatsächlicher Verhältnisse, die unter dem Schutze der Moral und der Sitte stehen, allzusehr zu unterschätzen. Die Beobachtung des Lebens zeigt eher, daß Gebote der Moral und der Sitte weit pünktlicher Beachtung finden als solche des Rechts. Die Reaktion des Rechts gegen rechtlich gebundene Besitzdiener, die die Sache veruntreuen, kann andererseits gegebenen Falles so schwach sein, daß das gleiche Bedenken Hess auch bei ihm auftauchen würde.

Kann die Kritik Hess' nicht durchschlagen, so ist seine eigene Ansicht aus folgenden Erwägungen nicht haltbar. Nach dem, was Hess kritisch vorbringt, müßte er nicht nur ein Rechtsverhältnis, sondern ein

---

[1]) S. 38 f.

[2]) a. a. O. S. 141.

wirklich gültiges, zu Recht bestehendes Verhältnis annehmen. Denn wäre das Rechtsverhältnis, z. B. der Dienstvertrag nichtig, so würde von einer rechtlichen Gehorsamspflicht ebenso wenig die Rede sein, wie bei rein tatsächlicher Unterordnung. Soll aber der vermeintliche Herr durch den vermeintlichen Besitzdiener nicht Besitz erwerben? Ich würde das unbedenklich bejahen und auch dann Besitzdienstschaft annehmen, wenn Herr und Diener die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses kennen, aber sich tatsächlich im Rahmen derselben halten. Hess müßte das stets ablehnen. Die Hess'sche Ansicht verstößt aber auch gegen die Prinzipien des Besitzes. Ob jemand besitzt, hängt niemals von seinem Recht zum Besitze ab. Nun wird im Besitzdienerverhältnis dem Herrn der Besitz deshalb zugeschrieben, weil der Besitzdiener kraft seiner Abhängigkeit vom Herrn zur longa manus des Herrn wird. Stempelt man das Abhängigkeitsverhältnis zu einem rechtlich begründeten, so würde man bei rein tatsächlicher Unterordnung dem Herrn die tatsächliche Gewalt im Sinne des vollen Besitztatbestandes doch nur deshalb absprechen, weil diese rechtlich nicht hinlänglich gesichert erscheine. Der Besitzergreifungsakt und der weitere Zustand ist aber sonst nur dahin zu prüfen, ob er tatsächliche Gewalt beim Besitzer wirkt, nicht ob er rechtlich begründet ist. Deshalb kann es nach § 855 nicht darauf ankommen, ob die Abhängigkeit des Besitzdieners eine rechtlich begründete ist. Hinzuweisen ist hier wieder auf das Verhältnis des § 855 zum § 868. Daß sich

§ 855 hinsichtlich der Natur des Abhängigkeitsverhältnisses neutral ausdrückt, sahen wir schon. Wir können daher Biermann's[1]) Schlußforderung nicht zustimmen: „Das Gesetz spricht nur von einem Verhältnis, also braucht es kein Rechtsverhältnis zu sein." Die neutrale Fassung des § 855 („Verhältnis — Weisungen — Folge leisten") hat aber bei der Verwandschaft beider Bestimmungen nicht geringe Bedeutung gegenüber der entschiedenen Ausdrucksweise im § 868. Hier ist allerdings auch nur von einem Verhältnis die Rede. Dieses ist aber ganz deutlich als Rechtsverhältnis näher bezeichnet, was Hess[2]) in der Abwehr des Biermann'schen Schlusses übersieht. Trotzdem ist § 868 gegenüber die Ansicht vertreten und wohl begründet, daß das Rechtsverhältnis ein rechtsgültiges nicht zu sein brauche. So sagt Leonhard[3]) zutreffend: „Es entspricht dies . . . . der Besitznatur des Verhältnisses, auch das fehlerhafte Geschäft bildet eine tatsächliche Grundlage für den mittelbaren Besitz." Das muß bei der neutralen Ausdrucksweise des Gesetzes im § 855 gewiß auch gelten.

Das ist auch wohl die Ansicht Leonhards,[4]) obwohl seine Ausdrucksweise insofern nicht unbedenklich ist,[5]) als er das Entscheidende in dem

---

[1]) Sachenrecht, Bem. 2 zu 855.

[2]) a. a. O. S. 46, Note 1.

[3]) Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 71.

[4]) a. a. O. S. 63 ff.

[5]) Vgl. die insofern zutreffende Kritik von Hess, S. 38.

Befehlsrecht des Herrn und der entsprechenden Gehorsamspflicht des Dieners sieht. Recht und Pflicht nimmt aber Leonhard nicht im privatrechtlichen Sinne; denn er erklärt das privatrechtliche Verhältnis zwischen Herrn und Diener für nicht entscheidend. Als entscheidendes Merkmal für die Besitzdienstschaft sieht Leonhard das sich aus der tatsächlichen Auffassung des Lebens ergebende Befehlsverhältnis zwischen Herrn und Diener an. Die Unterordnung beruht auf sozialen Anschauungen oder auf dem öffentlichen Recht. Das Unterordnungsverhältnis bestimmt Leonhard in seinem Inhalt wie Strohal und es ist nach seiner Grundanschauung anzunehmen, daß er auch ein rein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis für genügend hält.

Für die m. E. richtige Ansicht erklärt sich auch Neumann:[1]) „Das Abhängigkeitsverhältnis kann ein privatrechtliches (Dienstvertrag) oder ein öffentlich-rechtliches (Staats-, Militär-Kirchendienst etc.) sein. Es kann auch rein tatsächlicher Natur, z. B. ein auf Freundschaft, Familienbeziehungen beruhendes sein."

Weiter hebt Neumann hervor, ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis genüge dann nicht zur Begründung der Besitzdienstschaft, wenn z. B. dem Dienstverpflichteten tatsächlich eine umfassende Selbständigkeit eingeräumt ist. Andererseits werde das Abhängigkeitsverhältnis nicht durch ein neben dem Dienstverhältnis bestehendes Vollmachtsverhältnis wie Prokura oder Handlungsvollmacht ausgeschlossen.

[1]) Handausgabe Bem. a. zu 855.

Auf die Anerkennung eines rein tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses würde auch die Auffassung von Siméon führen. Sie ist indessen nicht haltbar.

Siméon[1]) erblickt den Grund des Abhängigkeitsverhältnisses in der geistigen Beherrschung des Besitzdieners durch den Besitzherrn. Dagegen führt Hess[2]) folgendes Beispiel Cosacks an: eine alte kranke Dame, die tatsächlich unter der unbedingten Herrschaft ihrer Köchin steht, bleibt, obwohl von geistiger Beherrschung der Besitzdienerin keine Rede sein kann, Besitzerin ihrer Möbel und Haushaltungsgegenstände, während die Köchin Besitzdienerin bleibt trotz ihrer tatsächlichen Macht. Weshalb? Die Verkehrsanschauung läßt die Herrschaft der alten Dame fortdauern, weil die geistige Beherrschung des Besitzdieners durch den Herrn nicht als das Entscheidende angesehen wird, sondern das Abhängigkeitsverhältnis des Dieners vom Herrn. Dieses wird nicht schon dadurch beseitigt, daß etwa geistige Überlegenheit des Dieners über den Herrn dessen Verhalten bestimmt, der Herr bleibt er trotzdem.

Endlich mag noch als Vertreter unserer Auffassung Sprenger[3]) angeführt werden, nach dessen Ansicht schon die Erwägung, daß Kinder unter sieben Jahren oder wegen Geisteskrankheit Entmündigte selbständig Besitzdiener werden können, zum

[1]) Sachenrecht, S. 534.

[2]) a. a. O. S. 37.

[3]) a. a. O. S. 37.

Beweise, daß ein rein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zur Begründung der Besitzdienstschaft genügen muß, ausreicht.

Wir kommen auf Sprengers Begründung weiter unten zurück.

b. Zwei weitere die nähere Qualifizierung des Abhängigkeitsverhältnisses betreffende Meinungsdifferenzen beziehen sich auf die Dauer und die Offenkundigkeit dieses Verhältnisses.

Enneccerus-Lehmann[1]) verlangen für dasselbe eine gewisse Dauer, ebenso in der Hauptsache Bartels:[2]) ein mehr oder minder dauerndes Abhängigkeitsverhältnis. Demgegenüber hebt das Oberlandesgericht Posen[3]) mit Nachdruck hervor, der Begriff des Abhängigkeitsverhältnisses erfordere nicht etwa ein dauerndes Dienstverhältnis. Diesen Standpunkt halten wir für den richtigen.[4]) Eine nähere Begründung müssen wir bis zur Betrachtung der Fälle momentaner Detentionsüberlassung zurückstellen. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß die abgelehnte Ansicht nur eine „gewisse" Dauer verlangt und daß in dieser relativen Bemessung auch die Schwäche der Auffassung liegt.

Vielfach wird als selbständiges Erfordernis für das Abhängigkeitsverhältnis dessen Offenkundigkeit,

[1]) a. a. O. S. 60.

[2]) Gruchots Beiträge, Bd. 42, S. 634; vgl. Rotering a. a. O. S. 67.

[3]) Seufferts Arthiv, Bd. 57, Nr. 60.

[4]) Kniep, Besitz, S. 35.

Publizität verlangt. Die Ansicht Isays, die allein auf die Offenkundigkeit der Gestion abstellt, ohne das innere Verhältnis zu beachten, haben wir schon besprochen (s. oben S. 45.) Die Sichtbarkeit des inneren Abhängigkeitsverhältnisses verlangt Rotering,[1]) schwächt aber seine Forderung soweit ab, daß die Sichtbarkeit eigentlich nur den nächstliegenden Fällen der Besitzdienstschaft eigentümlich, aber nicht absolut begriffsnotwendig ist. Auch Dernburg[2]) hat dieses Erfordernis aufgestellt. Es findet sich aber bei ihm ein Widerspruch: Dernburg verlangt für das Abhängigkeitsverhältnis äußere Erkennbarkeit, während er beim Besitzerwerb durch Besitzdiener sagt, es sei nicht nötig für den sofortigen Besitzerwerb des Herrn, daß der Besitzdiener äußerlich erkennbar als solcher handle. Das leuchtet nicht ein. Im übrigen ist auf das zu verweisen, was auch gegen Isays Auffassung geltend gemacht ist. Wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Sichtbarkeit des Besitzes schon in seiner gewöhnlichen Erscheinung garnicht streng festgehalten ist, so wird sie auch in den Fällen des § 855 nur von relativer Bedeutung sein. Sie wird uns die Entscheidung erleichtern, aber keine absolute Voraussetzung der Entscheidung sein, ob ein Fall des § 855 vorliegt.

Es kommt hinzu, daß der Wortlaut des § 855 weder das Erfordernis der Dauer noch das der Offenkundigkeit zum Ausdrucke bringt.

[1]) a. a. O. S. 67 ff.

[2]) a. a. O. S. 49, 63.

§ 3. Die Abgrenzung des Besitzdienerverhältnisses.

Nachdem das nach unserer Auffassung entscheidende Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners vom Besitzherrn festgestellt ist, wird eine Abgrenzung der Besitzdienstschaft nach § 855 möglich sein. Es ist ein Verhältnis kraft dessen derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt (Besitzdiener) in solcher Abhängigkeit von einem Anderen steht, daß er nur als Träger der tatsächlichen Gewalt dieses Anderen über die Sache erscheint und folgeweise dieser Andere (Besitzherr) allein Besitzer ist.

I. Da nach dem B. G. B. geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen Besitz erwerben und haben können, so ist in der Person des Besitzdieners Geschäftsfähigkeit kein unbedingtes Erfordernis.

Der Besitzdiener muß aber die tatsächliche Gewalt über die Sache haben. In welchem Sinne das zu verstehen ist, ist oben S. 11 ff. ausgeführt. Es muß beim Besitzdiener ein Verhältnis zur Sache gegeben sein, das als Stück des Besitztatbestandes tauglich ist. Er muß die Sache so haben, daß nach der Verkehrsauffassung unter Hinzutritt des Abhängigkeitsverhältnisses der Besitztatbestand beim Herrn sich vollendet. Hier haben die Fälle, die Jhering „Fälle momentaner Detention“ nennt, Schwierigkeiten gemacht. Gemeint sind hier die zahlreichen Gelegenheiten des täglichen Lebens, bei denen jemand Anderen Sachen auf ganz kurze Zeit unter seinen Augen und unmittelbarer Aufsicht überläßt.

Einige Beispiele dieser Fälle sind: Der Dienstmann trägt Gepäck neben dem Reisenden her, der Wirtshausgast benutzt Messer und Gabel oder spielt Billard, jemand gibt im Eisenbahnwagen einem Mitreisenden sein Kursbuch zur Einsicht, im Theater sein Opernglas, er ladet gute Freunde zum Essen ein usw. Jhering[1]) wollte diese Fälle in zwei Klassen teilen:

1. Fälle unentgeltlicher Überlassung der Sachen mit Schutzlosigkeit des Detentors;

2. Fälle unentgeltlicher Überlassung mit Besitzschutz des Detentors.

Baron[2]) und Strohal[3]) erhoben gegen diese Teilung Einspruch und verlangten für beide Gruppen Schutzlosigkeit. — Das B. G. B. regelt diese Fälle nicht besonders, deshalb gehen die Ansichten in der Literatur zunächst auseinander:

a. Endemann,[4]) Enneccerus - Lehmann,[5]) Kniep,[6]) Matthiass,[7]) Strohal[8]) u. a. sehen die

[1]) Besitzwille, S. 515.

[2]) Zur Lehre vom Besitzwillen, Jher. Jahrb., Bd. 29, S. 242, Anm. 1 und Noch einmal der Besitzwille, Jher. Jahrb., Bd. 30, S. 220, Anm. 1.

[3]) Zum Besitzrecht, Jher. Jahrb., Bd. 29, S. 358, Anm. 18, S. 375, Anm. 44.

[4]) a. a. O. S. 170.

[5]) a. a. O. S. 59.

[6]) a. a. O. S. 36.

[7]) a. a. O. S. 6.

[8]) Sachbesitz S. 12.

Personen, denen die Sache überlassen wird als Besitzdiener an. Zu dieser Gruppe ist auch Rotering[1]) zu stellen, wenn er auch einen Unterschied in der Sache macht, der für ihn jedoch nicht wesentlich ist, nämlich zwischen Besitzhalter im engeren Sinne und Besitzdiener. Die Besitzhalter im engeren Sinne sind gerade die hier in Frage stehenden Detentoren und sie fallen nach Rotering unter § 855.

b. Kober[2]), Künkler,[3]) Oppenheim,[4]) Planck[5]) und Sprenger[6]) haben die Jheringsche Teilung angenommen und demgemäß entschieden, daß bei entgeltlicher Überlassung der vorübergehende Detentor Besitzer, bei unentgeltlicher aber Besitzdiener sei.

c. Neuerdings hat eine dritte Gruppe von Schriftstellern wie Biermann,[7]) Goldmann-Lilienthal,[8]) Hölder,[9]) Kohler,[10]) Leonhard[11]) und Hess[12]) die Ansicht vertreten, in diesen Fällen handle es sich weder um Besitz noch um Besitzdienstschaft.

[1]) a. a. O. S. 68 f.
[2]) a. a. O., Bem. 2, 3b zu 855.
[3]) a. a. O. S. 52.
[4]) a. a. O. S. 29 u. 30.
[5]) a. a. O., Bem. 2 zu 855.
[6]) a. a. O. S. 62.
[7]) Bem. 2a zu 855.
[8]) a. a. O. Bd. II, S. 4, Anm. 9.
[9]) a. a. O. S. 411.
[10]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 82.
[11]) Fahrniserwerb, S. 65.
[12]) a. a. O. S. 52 f.

d. Endlich ist auch die Ansicht vertreten, daß in allen Fälllen der momentanen Detention Besitz des Detentors vorliegt.[1])

Demnach sind die Möglichkeiten erschöpft. Zur Würdigung der einzelnen Auffassungen ist es unerläßlich zunächst ihre Ausgangspunkte zu beachten. An dieser Stelle interessiert uns nur, wie die verschiedenen Auffassungen sich zu der Frage stellen, ob der Detentor eine beachtliche tatsächliche Gewalt habe.

Die Gruppe a. nimmt an, daß ein Haben des Detentors vorliegt, wie in anderen Fällen zweifelsfreier Besitzdienstschaft und daß der Detentor demnach Besitzdiener ist, weil zugleich das Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist.

Die Gruppe b. nimmt ebenso ein beachtliches Haben des Detentors an, differenziert aber die Entscheidung je nachdem das Abhängigkeitsverhältnis nach § 855 vorliegt oder nicht.

Mit Gruppe a. und b. stimmt auch die zu d. referierte Auffassung insofern überein, als sie ein ausreichendes Haben der Sache beim Detentor annimmt. Die Differenz liegt nur in der Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses. Dagegen weicht die Gruppe c. von allen Beurteilern darin ab, daß diese Detentoren überhaupt keine tatsächliche Gewalt über die Sache im sozialen Sinne erlangen, also weder Besitzer noch Besitzdiener sein können. Daß in den Fällen der momentanen Detention k e i n irgendwie beachtliches

[1]) Eger, a. a. O., S. 41

Haben der Sache vorliegt, läßt sich nicht behaupten. Dagegen spricht unwiderleglich die natürliche Beobachtung. Das Haben der Sache an sich ist kein anderes oder auch nur weniger intensives als in den zweifellosen Fällen von Besitzdienstschaft. Wenn ein beachtliches Haben des Detentors garnicht vorläge, wie käme es dann, daß der Andere tatsächliche Gewalt und damit Besitz hat?

Die tatsächliche Gewalt wird ihm eben nach dem Gemeinurteil zugeschrieben, gerade weil das Haben des Detentors als ein Haben für ihn erscheint. Daß der momentane Detentor eine garnicht beachtliche Detention habe, ist auch von den Vertretern der Gruppe c. zunächst nicht erwiesen. Hess deduziert in wenig einwandsfreier Weise, es entspreche nicht dem praktischen Bedürfnis, den momentanen Detentoren Besitz zu geben. Das ist gewiß zuzugeben, die Frage nach dem Besitz kann aber doch nur auftauchen, wenn man ein Haben und Halten der Sache durch den Detentor annimmt. Hess fährt dann fort, Besitzdiener könne der Detentor nicht sein, weil es an einem Rechtsverhältnis, das Abhängigkeit des Detentors begründe, fehle. Hier geht Hess wieder davon aus, daß Ausübung der tatsächlichen Gewalt vorliege. Ganz konsequent schließt er weiter, daß der momentane Detentor Besitzer sein müsse, was er aber nicht sei, weil er keine tatsächliche Gewalt habe. Fragen wir aber, weshalb der Detentor tatsächliche Gewalt nicht habe, so antwortet Hess nur, weil der Herr sie habe. Weshalb dies aber wieder der Fall ist, wird von Hess

nur an Beispielen erläutert, aber nicht begründet. Hess' Deduktion ist also widerspruchsvoll und sie beweist mit dem, was sie beweisen soll. An der Deduktion von Hess zeigt sich auch, daß er sich zu seinem Resultate nur durch seine Auffassung von der Natur des Unterordnungsverhältnisses gedrängt sieht. Die wahre Meinung Hess', — was bei anderen Vertretern der Gruppe auch deutlicher hervortritt — ist auch garnicht, daß der Herr die tatsächliche Gewalt habe, weil in der Person des Detentors gar kein Haben der Sache vorliege, sondern weil sich dieses Haben in einem solchen Verhältnis zum Herrn vollzieht, daß es nur für den Herrn als Stück des Besitztatbestandes in Betracht kommt. In diesem Verhältnis liegt der wahre Grund der tatsächlichen Gewalt des Herrn. Ob nun dieses Verhältnis bei der momentanen Detention so beschaffen, daß wir Besitzdienstschaft auszuschließen haben, werden wir erst weiter unten zu prüfen haben. Hier können wir nur feststellen, daß es in den Fällen der momentanen Detention auf das Haben der Sache durch den Detentor ebenso ankommt, wie in den Fällen der Besitzdienstschaft.

II. Da es sich im § 855 um den Besitz handelt, ist Gegenstand der Besitzdienstschaft dasjenige, was Gegenstand des Besitzes sein kann. Obgleich § 855 nur von „Sachen" redet, so ist man doch ohne Zweifel berechtigt mit Sprenger[1]) und Hess[2]) den

[1]) a. a. O. S. 39 f.

[2]) a. a. O. S. 50.

Grundsatz aufzustellen: soweit Besitz möglich ist, ist es auch Besitzdienstschaft. Daraus würde sich zunächst die Möglichkeit der Besitzdienstschaft an Sachteilen [1]) ergeben (§ 865) wie sie das häufig in der Litteratur verwendete Beispiel aufweist: eine verreiste Herrschaft hat ihr Dienstmädchen zur Bewachung ihrer nur eine Etage umfassende Wohnung zurückgelassen. Die Etage ist nur der Teil eines Hauses, ein Sachteil, das Dienstmädchen ist also Besitzdienerin eines Sachteils. Die Besitzdienstschaft würde ebensoweit anzuerkennen sein, wie der Sachteilbesitz. Näher ist diese Frage hier nicht zu prüfen. Auch die von Sprenger [2]) und Hess [3]) angenommene Besitzdienstschaft an Rechten ist ebenso anzuerkennen. Das folgt aus den §§ 1029 und 1090 des B. G. B. Der praktische Nutzen dieser Quasibesitzdienstschaft leuchtet ein; durch den Knecht als „Quasi-Besitzdiener" würde der Quasibesitz der Fahrgerechtigkeit allein seinem Herrn erworben und erhalten.

Die Frage, welche Sachen und Rechte von der Besitzdienstschaft ergriffen werden, ergibt sich aus dem Abhängigkeitsverhältnis. (Siehe diesen § unter III.)

III. Derjenige, der die Sache hat, oder eine Grunddienstbarkeit ausübt, kommt als Besitzdiener oder Quasibesitzdiener eines Anderen nur dann in Betracht,

[1]) Vgl. Hess, a. a. O. S. 50, Neumann, Handausgabe, Bem. zu 865, S. 551.

[2]) a. a. O. S. 40.

[3]) a. a. O. S. 50.

wenn er zu diesem Anderen in dem oben im Allgemeinen charakterisierten Abhängigkeitsverhältnisse steht und auch nur bezüglich derjenigen Sachen und Rechte, die in dieses Abhängigkeitsverhältnis fallen. Person und Gegenstand der Besitzdienstschaft werden also näher durch das Abhängigkeitsverhältnis bestimmt.

A. Soll die Person des Inhabers als Besitzdiener eines Anderen erscheinen, so fordert das Gesetz

1. daß der Inhaber die Gewalt für den Anderen ausübt,
2. daß der Inhaber die tatsächliche Gewalt ausübt im Haushalte, Erwerbsgeschäfte oder in einem ähnlichen Verhältnisse zu dem Anderen,
3. daß er gerade vermöge jenes Verhältnisses den Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat.

Die Ausübung der tatsächlichen Gewalt „für einen Anderen" bedeutet nicht, daß der Wille des Ausübenden entscheidend sein soll (s. oben S. 43 f.), noch weniger sind sie dunkel.[1]) Der Gegensatz zu „für einen Anderen" ist, „für sich" und der Gesetzesausdruck bedeutet, daß der Inhaber in der Ausübung nur an Stelle des Anderen steht, dem die tatsächliche Gewalt zusteht. Die nähere Erklärung findet der Ausdruck in dem weiteren Text des § 855, sie weisen also auf das Abhängigkeitsverhältnis (Z. 2. 3.) hin.[2]) Insofern sind die Worte überflüssig. Der Ausdruck ist nur der Prägnanz willen gebraucht; es sollte zugleich

[1]) So Endemann, S. 33 u. Oppenheim, a. a. O. S. 16.

[2]) So Biermann zu 855, Bem. 2c.

auf den Gegensatz zu den Fällen des § 868 hingewiesen werden. Insofern hat Hess nicht Unrecht, wenn er den Sinn der Worte dahin feststellt: „Sie wollen sagen: die tatsächliche Gewalt über die Sache muß dem „Anderen" gebühren, oder negativ, der Besitzdiener darf keinen privatrechtlichen Anspruch auf die tatsächliche Gewalt haben."

Das zweite und dritte Erfordernis des Gesetzes besagt, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Inhaber im Machtkreise des Anderen statthaft und daß gerade auch der Inhaber selbst so in diesem Machtkreise steht, daß er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat. Diese intensive Abhängigkeit des Besitzdieners muß sich also aus seiner Stellung in jenem Machtkreise des Herrn ergeben.

Der Machtkreis des Anderen ist nicht durch Rechtsbestimmung abgegrenzt, sondern in der Verkehrsanschauung gegeben. Das Gesetz erwähnt als Beispiele den Haushalt, das Erwerbsgeschäft und erkennt durch Hinweis auf ähnliche Verhältnisse ausdrücklich an, daß auch andere Beziehungen einen Machtkreis bestimmter Personen nach der Verkehrsanschauung begründen.

Das Gesetz spricht zunächst vom Haushalte eines Anderen.[1]) Damit ist wohl das Gleiche vom Gesetze gesagt wie durch „Hauswesen" oder „Hausstand" in

[1]) Vgl. dazu Schultzenstein, Archiv für bürg. Recht, Bd. 23, S. 260 f.

anderen Vorschriften, und ein bestimmter Kreis wirtschaftlicher Betätigung zum Zwecke der Befriedigung der Bedürfnisse des Haushaltsvorstandes und der von ihm abhängigen Personen gemeint. Das Gesetz verlangt nun, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt in diesem so beschriebenen Machtkreise stattfindet. Die im Haushalte tätigen Personen treten in den Machtkreis des Haushaltsvorstandes ein und sind ihm untergeordnet.[1]) Es kommt nicht darauf an, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch dem Hause angehörige oder gar in die häusliche Gemeinschaft aufgenommene Personen erfolgt. Ob die Ausübung im Haushalte oder außerhalb erfolgte, ist Tatfrage, die vorerst zu entscheiden ist, die aber auch bei der Dehnbarkeit des Begriffes sich häufig als schwierig herausstellen kann. Hier gewinnt, wie oft hervorgehoben, auch das Moment der räumlichen Entfernung des Inhabers vom Sitze des Haushaltes, der im Hause liegt, oder von der Person des Haushaltsvorstandes beachtliche Bedeutung. Unrichtig aber wäre es, deswegen von einem durch den Begriff „Haushalt" gegebenen räumlichen Bezirk zu sprechen.[2])

Ist festgestellt, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt in den Machtkreis des Haushaltes fällt, so ist

---

[1]) Von einer „Personalgewalt" des Haushaltsvorstandes zu sprechen (Hess, a. a. O. S. 40) ist irreführend. Es handelt sich hier um ein rein tatsächliches nach der Verkehrsanschauung zu beurteilendes Verhältnis.

[2]) So auch Hess, a. a. O. S. 39 f. Rotering, a. a. O. S. 67 ff.

weiter gefordert, daß diese Ausübung in jener intensiven Abhängigkeit vom Haushaltsvorstande erfolgt. Es sind keineswegs alle im Haushalte tätigen Personen in diesem Grade dem Herrn untertan. Wie das Abhängigkeitsverhältnis beschaffen sein muß, haben wir im § 2 erörtert.

In ganz analoger Weise bestimmt sich auch das Verhältnis der Gewaltausübung im Erwerbsgeschäfte eines Anderen. Die Gewaltausübung muß in den Machtkreis des „Erwerbsgeschäftes" fallen und muß in der intensiven Abhängigkeit vom Geschäftsherrn erfolgen. Auch hier kann besonders wegen der räumlichen Entfernung der Gewaltausübung vom Sitze des Erwerbsgeschäfts oder der Person des Geschäftsherrn das Urteil gerechtfertigt sein, daß die Gewaltausübung nicht mehr in die erforderliche Machtsphäre hineinfällt.

Durch das „ähnliche Verhältnis" des § 855 ist endlich jedes Verhältnis bezeichnet, durch welches nach der Verkehrsanschauung eine Machtsphäre für denjenigen, an dessen Person sich solche Verhältnisse anknüpfen, gegeben ist und durch welches auch die intensive Abhängigkeit von dem Herrn des Machtkreises für denjenigen begründet ist, der in diesem Machtkreise die Gewalt über eine Sache ausübt.

In allen diesen Verhältnissen ist nun die vorhandene intensive Abhängigkeit keineswegs immer eine dem Umfange des Machtkreises entsprechende.

Oben ist das Abhängigkeitsverhältnis charakterisiert worden als ein nach der Verkehrsanschauung zu beurteilendes tatsächliches Unterordnungsverhältnis,

kraft dessen der Herr befugt ist, dem Diener jederzeit die Sache abzunehmen. Hess[1]) verlangt nun ganz mit Recht, der Besitzherr müsse zu letzterem auch die Möglichkeit haben. So kann der Machtkreis „Erwerbsgeschäft" an sich ein sehr weiter sein, das Abhängigkeitsverhältnis innerhalb dieses Kreises aber ein enger begrenztes. Hess erörtert das zutreffend an dem Verhältnis des Geschäftsinhabers zum Reisenden. Wenn nämlich die Besitzdienstschaft auch nicht an die Räume des Hauses oder des Erwerbsgeschäftes gebunden sei, so müsse man doch anerkennen, daß die Machtsphäre des Herrn und seine Weisungen durch gewisse örtliche Schranken begrenzt werden. Wenn es auch richtig sei, daß der Handlungsreisende Besitzdiener der auf seiner Geschäftsreise mitgeführten Muster und Musterkoffer bleibt, so müsse man doch bei allzuweiter örtlicher Trennung von Herrn und Diener letzteren als Besitzer anerkennen. Das Oberlandesgericht Posen[2]) sagt zwar mit Recht: „Das Abhängigkeitsverhältnis wird durch die Abwesenheit des Geschäftsherrn nicht aufgehoben und durch seine Anwesenheit nicht bedingt". Wir werden jedoch mit Hess, wenn wir bei seinem Beispiel des Handlungsreisenden bleiben, nicht zu viel sagen, wenn wir behaupten, der Herr habe diese Möglichkeit nach der Auffassung des Lebens wohl im Innlande, nicht aber wenn der Reisende

[1]) a. a. O. S. 48.

[2]) Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 60.

Deutschlands Grenzen überschritten hat, z. B. wenn er nach Rußland reist. Dort kann der Herr seinen Willen nicht in dem Maße betätigen wie bei uns.

Wenn ein Kaufmann seinen Reisenden nach Kiau-tschou schickt, so ist derselbe als Besitzer anzusehen, weil er sich nicht mehr unter der Machtsphäre des Prinzipals befindet. Dagegen sind sämtliche in Kiau-tschou befindliche Soldaten vom Kommandierenden bis zum Gemeinen Besitzdiener hinsichtlich ihrer Dienstsachen, weil sie sich noch unter der Machtsphäre des Deutschen Reiches befinden.

Daß die tatsächliche Möglichkeit für den Herrn gegeben sein muß, seinen Weisungen bezüglich der Sache auch Folge zu verschaffen ist ganz richtig. Bei der Frage des Besitzes kommt eben Alles auf die tatsächlichen Beziehungen an. Offenbar meint auch Hess hier nicht nur eine rechtliche Möglichkeit, sondern auch eine tatsächliche. Wie stimmt das aber zu seiner Auffassung des Abhängigkeitsverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses? Wer die Ansicht vertritt, darf auf die tatsächliche Durchführungsmöglichkeit m. E. kein entscheidendes Gewicht legen.

B. Sind bezüglich der Person des Besitzdieners die Voraussetzungen des Gesetzes vorhanden, so ist diese Person nun nicht etwa bezüglich aller Sachen über die sie tatsächliche Gewalt ausübt, Besitzdiener. Diese Eigenschaft hinsichtlich bestimmter Sachen macht ihn keineswegs jedes eigenen Besitzes unfähig. Besitzdiener ist jemand nur für die Sachen, über die er

innerhalb seines Pflichtenkreises, seiner Abhängigkeitsstellung tatsächliche Gewalt ausübt.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß bei Sachen, die im Eigentume des Besitzdieners stehen, Besitzdienstschaft auch dann ausgeschlossen ist, wenn er sie zu Zwecken des Dienstes gebraucht, wie z. B. der Kutscher eine ihm vom Herrn geschenkte Peitsche. — Mit Recht will Leonhard[1]) Besitzdienstschaft auch dann ausgeschlossen wissen, „wenn der Diener nur einen persönlichen privatrechtlichen Anspruch auf die Sache hat", so, „wenn der Direktor eines botanischen Gartens einige Beete zu eigener Benutzung pachtet".

Leonhard begründet diese Entscheidung damit, daß eine absolute Gehorsamspflicht, — die er ja mit dem entsprechenden Befehlsrecht des Herrn als Charakteristikum der Besitzdienstschaft ansieht — mit Verhältnissen des Privatrechts unvereinbar sei. Es ergibt sich jedoch dies schon aus dem § 855, worauf Hess (S. 49) hinweist, daß nur die für einen Anderen ausgeübte Gewalt Besitzdienstschaft begründet.

C. Für die Abgrenzung des Besitzdienerverhältnisses kommt die zeitliche Ausdehnung des Abhängigkeitsverhältnisses nicht in Betracht. (S. oben S. 60).

§ 4. Einige streitige Fälle.

Nachdem das Besitzdienerverhältnis definiert ist, werden wir unsere Ausführungen an einigen Tat-

[1]) Vertretung beim Fahrniserwerbe, S. 78.

beständen zu prüfen haben, die in der Literatur verschieden beurteilt worden sind.

I. Wir kehren zunächst zurück zu den Fällen der momentanen Detention. Wir hatten festgestellt, daß in diesen Fällen ein Haben und Halten der Sache stattfindet, daß dieses Haben auch von Bedeutung ist als Stück des Besitztatbestandes in der Person des Herrn und daß diejenigen, die Besitzdienstschaft in diesen Fällen ablehnen, das nur aus dem besonderen Verhältnis begründen können, in dem das Haben der Sache durch den Detentor hier statthat. Ich glaube nicht, daß die Begründung zutreffend ist. Soll Besitzdienstschaft des Detentors deshalb abgelehnt werden, weil es an dem Rechtsverhältnis fehlt, so ist das nicht für alle Fälle der momentanen Detention richtig und wenn es zuträfe, nicht entscheidend, wie wir oben auseinandergesetzt haben. Ebensowenig kann m. E. das bloß vorübergehende Haben der Sache entscheidend sein (s. oben S. 87).

Weiter hat man gesagt, die Abhängigkeit sei in den Fällen der momentanen Detention so intensiv, daß das Haben in der Person des Detentors ganz unbeachtlich würde. Man berief sich hier darauf, daß das Haben in unmittelbarer Nähe des Herrn oder unter seiner ständigen Aufsicht statthabe. Ein intensiveres Abhängigkeitsverhältnis als das im § 855 charakterisierte, läßt sich aber m. E. garnicht denken, und außerdem verträgt sich ein solches Nähe- und Aufsichtsverhältnis sogar mit den Fällen des § 868. Wir nehmen daher an, daß in den Fällen momentaner

Detention der Detentor Besitzdiener ist, sobald das Unterordnungsverhältnis vorliegt. Der § 855 enthält so alle diejenigen Fälle, in denen die tatsächliche Gewalt als Besitztatbestand in der Person des Besitzers sich dadurch verwirklicht, daß eine andere Person in völliger Unterordnung unter den Besitzer die Sache hält und hat. Wie alle sonstigen Fälle des § 855 sind auch die der momentanen Detention nur Anwendungen des schon im § 854 gegebenen Besitzbegriffes. Nur wer den § 855 als Ausnahme von § 854 auffaßt, kann sich veranlaßt sehen, die Fälle der momentanen Detention von § 855 auszusondern und direkt unter § 854 zu stellen. Mit Unrecht berufen sich die Vertreter dieser Auffassung auf das praktische Bedürfnis. Leonhard,[1]) der die bekämpfte Ansicht teilt, hat schon darauf hingewiesen, daß der praktische Unterschied gering ist und sich darauf beschränkt, daß der Detentor, wenn er nicht Besitzdiener ist, das Recht der Selbsthilfe aus eigenem Recht nicht ausüben kann, wohl aber, wenn er als Besitzdiener gilt (§ 860). Der praktische Unterschied wird noch geringer, wenn wir annehmen, daß der Besitzdiener die Selbsthilfe nach § 860 nicht ausüben darf, wenn der Herr ihm das untersagt. Daß es aber schwerlich zweckmäßig wäre, wie Leonhard meint, dem momentanen Detentor das Recht aus § 860 zu gewähren, können wir nicht zugeben. Regelmäßig wird der Herr doch die Sache wiederhaben wollen, und es wird nur in seinem Inter-

[1]) a. a. O. S. 65 f.

esse liegen, wenn der Detentor ohne weiteres nach § 860 tätig werden kann. Im Gegensatz zu Hess[1]) können wir deshalb Kohler[2]) nicht zustimmen, der meint, daß auch die Anerkennung des momentanen Detentors als Besitzdiener das Besitzinstitut „sehr gebrechlich“ würde. Das wäre nur dann der Fall, wenn der momentane Detentor als Besitzer anerkannt würde, eine Erwägung, die Kohler zugleich im Auge hat.

II. Die im Haushalte tätigen und Sachen für den Hausherrn haltenden und gebrauchenden Personen sind, wie Hess (S. 40 f.) sagt, die dienenden Personen, Hauskinder und sonstige Verwandte. Daß der Kreis zu eng gezogen ist, leuchtet ein. Die gute Freundin, die aus Freundschaft der Hausfrau im Hause dauernd oder vorübergehend zur Seite steht, ist gewiß auch „im Haushalte“ tätig. Wir können uns aber auf die von Hess bezeichneten Personen beschränken. Bei den Hauskindern und Dienstboten ist nach Hess das Rechtsverhältnis der Unterordnung vorhanden (elterliche Gewalt, Dienstvertrag), sie sind daher Besitzdiener.

Nach Hess müßten also die Hauskinder, sobald sie volljährig geworden sind, aber wie bisher weiter im Hause bleiben und tätig sind, aufhören Besitzdiener zu sein, weil das Rechtsverhältnis, das sie dazu machte, — in diesem Falle die elterliche Gewalt, — ihr Ende erreicht hat. Daß sie nun Besitzer werden, wird man doch wohl nicht annehmen wollen, also bliebe nur übrig,

[1]) S. 53.

[2]) Archiv für bürg. Recht, Bd. 18, S. 82.

jetzt dem Hausherrn allein Besitz zuzuschreiben, ein seltsames Resultat! So lange die elterliche Gewalt dauerte, hatte gerade durch sie der Hausherr die tatsächliche Gewalt durch die Hauskinder, jetzt, nachdem das Rechtsverhältnis beseitigt ist, hätte er, obwohl sich an den Tatsachen sonst nichts geändert hat, die tatsächliche Gewalt erst recht ohne jede Vermittlung. Der unabweisliche Schluß hieraus ist, daß er sie auch vor Wegfall der elterlichen Gewalt hätte haben müssen, daß also die Stellung der Kinder ganz gleichgültig war. Die Annahme, daß das Unterordnungsverhältnis ein Rechtsverhältnis sein müsse, führt so m. E. zu absurden Resultaten, die sicher der Auffassung des Lebens nicht entsprechen. Der § 1617 B. G. B. beseitigt nun diese Bedenken allerdings in beträchtlichem Umfange: „Das Kind ist, solange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten."

Bedenken bleiben aber bei erwachsenen und sich selbst erhaltenden Kindern, die im Haushalte der Eltern tätig sind, denn hier fällt die gesetzliche Verpflichtung zur Dienstleistung fort.

Alle diejenigen Personen, die im Haushalte für den Herrn tätig sind, aber nur in tatsächlicher Unterordnung vom Herrn sich befinden, sind nach Hess nicht Besitzdiener, vielmehr ist der Herr unmittelbar Besitzer. Hess erörtert das an dem Falle der

Schwester die dem Bruder den Haushalt führt. Es gehören aber auch alle diejenigen Personen hierher, die aus Gefälligkeit sich der Tätigkeit im Haushalte wie Dienstboten oder rechtlich abhängige Familienglieder unterziehen. Die Gründe, die gegen die Notwendigkeit eines Rechtsverhältnisses sprechen, haben wir genügend erörtert. Nach u. A. sind die bezeichneten Personen nach der Auffassung des Lebens dem Herrn in der erforderlichen Weise untergeordnet, wenn sie Haushaltssachen haben und halten. Nicht anders steht es auch bei den Logiergästen, die wir in unser Haus aufnehmen. Bezüglich der Gäste, die nur zu einer Festlichkeit in unserem Hause weilen, ist unsere Ansicht schon bei der Betrachtung der momentanen Detention entwickelt. Hier mag gegen Hess in Anknüpfung an den „Schwesternfall“ noch bemerkt sein, daß es nicht angängig ist, derartige Fälle bloß tatsächlicher Unterordnung als praktisch unerheblichere bei der Feststellung des Kriteriums der Besitzdienstschaft bei Seite zu schieben. (S. 44). Richtig ist nur, wie schon oben hervorgehoben, daß es praktisch wenig ausmacht; ob die Entscheidung dieser Fälle mit Hess oder mit uns getroffen wird. Im Übrigen sind die Fälle selbst nicht selten und die theoretisch richtige Beurteilung ist um ihrer selbst willen zu erstreben. Es steht der Sinn des § 855 und sein Verhältnis zum § 854 in Frage. Die Schwester, die dem Bruder den Haushalt führt, ist für uns ein typischer Fall der Besitzdienstschaft. Die Schwester hat sich dem Haushalte des Bruders tatsächlich so eingefügt, wie es

rechtlich ein Dienstbote tut. Hess bestreitet das, weil die Schwester zu den Personen gehöre, die in unmittelbarer Nähe des Besitzherrn tatsächliche Gewalt ausüben. Das trifft aber wie bei einer Wirtschafterin, wenn wir die „unmittelbare Nähe“ genau nehmen, nicht immer zu. Da es nur gelegentlich zutrifft, müßten wir zu einer differenzierenden Beurteilung gelangen, die im Gesetze keinen Boden hat. Vielleicht will aber Hess „unmittelbare Nähe“ des Herrn schon dann annehmen, wenn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt in den Räumen des Hauses bei Anwesenheit des Herrn in diesen Räumen stattfindet. Wie wäre die Besitzlage aber mit Hess zu entscheiden, wenn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt zwar im Haushalte, aber sei es innerhalb des Hauses bei Abwesenheit des Bruders sei es überhaupt außerhalb des Hauses geschieht? Unmittelbaren Besitz des Bruders kann Hess nicht annehmen, eigenen Besitz der Schwester wird er wohl ablehnen wollen, dann bliebe doch nur in solchen Fällen die Annahme eines Besitzdienerverhältnisses übrig. Die Schwester wäre also bald Besitzdienerin, bald nicht, eine Entscheidung, die gegen das Gesetz ist, dem solche Unterscheidungen fremd sind.

III. Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen können nach Hess (S. 46 f.) Besitzdiener sein, wenn sie tatsächliche Gewalt ausüben und in dem rechtlichen Unterordnungsverhältnisse stehen. Das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt bestreitet Hess, wenn die unmittelbare Nähe des Herrn gegeben ist. Ich verweise auch hier

auf das vorhin Gesagte. Das Bedenken gegen das Erfordernis eines Rechtsverhältnisses macht sich hier wieder besonders geltend. Nach Hess ist der sechsjährige Sohn, der vom Vater zum Kaufmann geschickt wird, um Waren zu holen, Besitzdiener des Vaters, ein fremder sechsjähriger Knabe, der die Besorgung übernimmt, nicht Besitzdiener, sondern Besitzer. Besitzer wäre auch der harmlose Wahnsinnige, der bei uns im Hause aus Freundschaft aufgenommen ist, wenn er nur die Waren holt. Das letztere ist vom Standpunkte der Verkehrsanschauung nicht annehmbar.

IV. Sehr bestritten ist auch die Besitzlage, wenn sich die Sache in der Hand von gesetzlichen Vertretern befindet. Von den meisten Autoren werden in diesen Fällen einzelne Gruppen gebildet, da sie vor einer generellen Entscheidung mit Recht zurückschrecken.

Foertsch[1]) stellt aber für alle gesetzlichen Vertreter den Satz auf: sie sind weder Besitzer noch Besitzdiener, sie betätigen vielmehr nur den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind. Einschränkend fügt er hinzu, dieser Satz treffe unbedingt nur zu, wenn die Vertretenen selbst nicht fähig sind, tatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben wie juristische Personen, Säuglinge, gänzlich Verrückte. Hinsichtlich der übrigen Fälle schließt Foertsch, entweder gehöre der gesetzliche Vertreter zu den Gehülfen des § 855 oder der Paragraph enthalte nicht alle Fälle,

[1]) Gruchots Beiträge, Bd. 3 (1899), S. 545 ff.

in denen trotz vorhandener tatsächlicher Gewalt doch kein Besitz vorhanden sei. Da er das letztere annimmt, stellt Foertsch — ungeschrieben im Gesetz — neben § 855 den Satz: „Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretene Person die tatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer." Wie schon erwähnt, kennt das B. G. B. nur zwei Klassen von Hülfspersonen bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt: Besitzmittler und Besitzdiener. Zu einer von beiden müssen also auch die gesetzlichen Vertreter gehören, da man nicht berechtigt ist, noch eine dritte Klasse willkürlich in das Gesetz hinein zu interpretieren. Sprenger (S. 56) hat richtig darauf hingewiesen, daß Foertsch es anscheinend übersieht, daß tatsächliche Gewalt (im sozialen Sinne) bei Besitzer und Besitzdiener dasselbe ist und daß jeder, der sie ausübt („betätigt"), nur nach dem Vorliegen oder Fehlen des Moments der Selbständigkeit in der Ausübung der einen oder anderen Klasse zuzuteilen ist.

Wie Foertsch reden von „betätigen" des Besitzes Turnau-Foerster,[1]) Ullmann[2]) und das Kammergericht.[3]) Das Richtige ist aber, mit den meisten Schriftstellern die gesetzlichen Vertreter in verschiedene Gruppen zu teilen.

Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker und Nachlaßverwalter werden von den Meisten

---

[1]) a. a. O. Bem. 3 zu 855.

[2]) Archiv f. zivile Pr., Bd. 92, S. 315.

[3]) Rechtsprechung, Bd. V, S. 148.

richtigerweise als Besitzer angesehen.[1]) Denn abgesehen davon, daß das B. G. B. im § 2205 dem Testamentsvollstrecker, die KO. im § 117 dem Konkursverwalter die Pflicht auferlegt, den Nachlaß bezw. die Konkursmasse „in Besitz“[2]) zu nehmen, sind die Genannten in ihrer Verwaltung durchaus selbständig und daher nicht Besitzdiener.

Ebenso verhält es sich mit Vormund und Pfleger, beide haben nicht den Weisungen des Mündels bezw. Pfleglings Folge zu leisten. Selbstverständlich kommen beide als Besitzer nur in Frage, soweit sie Sachen ihrer Schutzbefohlenen in ihrer tatsächlichen Gewalt haben.

Lebhaft bestritten ist die Stellung der Vorstände einer Korporation, einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Liquidatoren solcher Gesellschaften.

Nach Cosack,[3]) Dernburg,[4]) Männer,[5])

[1]) Biermann, a. a. O. Anm. 4 zu 868, Dernburg § 14, Endemann, S. 159; Lehmann, a. a. O. S. 62; Männer, a. a. O. S. 91, Anm. 7; Matthiass, a. a. O. S. 7; Neumann, Bem. 3 zu 868; Planck, Bem. 5 zu 854; Strohal, Sachbesitz, S. 15; Hess, S. 43, Note 1.

[2]) Cosack, der a. a. O. S. 66 diese Paragraphen selbst anzieht, hilft sich mit der Annahme eines Redaktionsfehlers.

[3]) a. a. O. S. 66.

[4]) B. G. B., S. 50.

[5]) a. a. O. S. 91.

Matthiass,[1]) Lehmann,[2]) Sprenger,[3]) Oppenheim,[4]) Stemann,[5]) Windscheid-Kipp[6]) u. A. sind sie Besitzdiener.

Ich möchte sie mit Biermann,[7]) Endemann[8]) Leonhard,[9]) Neumann,[10]) Planck[11]) und Hess[12]) als Besitzer ansprechen, denn wenn sie tatsächliche Gewalt ausüben, so ist ihre Stellung so selbständig, daß man das zur Besitzdienstschaft erforderliche Abhängigkeitsverhältnis vergebens sucht.

Natürlich sind sie jedoch Besitzer nach § 868, denn sie wie Kneip[13]) „Alleinbesitzer" zu nennen, dürfte doch wohl zu weit gegangen sein.

V. Endlich ist noch die Stellung des pfändenden Gerichtsvollziehers dem Schuldner und dem Gläubiger gegenüber zu besprechen. Gegen Cosack,[14])

---

[1]) a. a. O. S. 7, Bd. II.
[2]) a. a. O. S. 62 f.
[3]) a. a. O. S. 58.
[4]) a. a. O. S. 44.
[5]) a. a. O. S. 63.
[6]) Pandekten I, S. 692.
[7]) Bem. 4 zu 855.
[8]) a. a. O. S. 159.
[9]) Vertretung S. 62.
[10]) Bem. 3 zu 868.
[11]) Bem. 5 zu 854.
[12]) S. 43 Anm. 1.
[13]) Besitz S. 53.
[14]) a. a. O. S. 66.

der auch diesen stets für einen Besitzdiener erklärt, möchte ich ihn mit Neumann[1]) für den unmittelbaren Besitzer (§ 868) halten, dem zwei mittelbare gegenüberstehen.[2])

[1]) Bem. 3 zu 868 und dort Citierte.

[2]) Vgl. auch Vogt, Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache, S. 35 ff.